

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
---------------------	----------

CAPITOLO I MINORI E INTERNET

1	IL FENOMENO INTERNET: TECNICA, EVOLUZIONE DELLA COMUNICAZIONE E REALTÀ VIRTUALE	9
2	LA RETE INTERNET: NATURA E CARATTERISTICHE	13
2.1	La struttura	13
2.2	Le caratteristiche	17
2.3	La natura giuridica della Rete: Internet, libertà di manifestazione del pensiero e libertà di informazione	21
2.4	Internet e diritto	30
3	I RISCHI DI INTERNET: I <i>CYBERCRIME</i> A SFONDO SESSUALE CONTRO I MINORI	38

CAPITOLO II LA TUTELA DEI MINORI DALL'ABUSO E DALLO SFRUTTAMENTO SESSUALE: LA NORMATIVA INTERNAZIONALE E COMUNITARIA

1	PREMESSA	45
2	I DIRITTI DEI "FANCIULLI" NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE. IN PARTICOLARE, IL DIRITTO SESSUALE DEI MINORI COME DIRITTO UMANO	46
2.1	Dalla Dichiarazione di Ginevra del 1924 al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966: le prime iniziative internazionali a tutela dell'infanzia	46
2.2	La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989: la prima proclamazione dei diritti dei bambini	53
2.2.1	Il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini del 2000	58
2.3	La Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000	60
2.4	I congressi mondiali contro lo sfruttamento commerciale e sessuale dei minori	61
2.5	L'evoluzione dei concetti di "fanciullo" e di "sfruttamento sessuale" nell'ordinamento internazionale	63
2.6	Alcune ulteriori iniziative internazionali a tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale	66
3	LE INIZIATIVE DEL CONSIGLIO D'EUROPA A TUTELA DEI DIRITTI DEI BAMBINI	67
3.1	Il Programma «Costruire un'Europa per e con i bambini» e la Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali	72

3.2	La Convenzione sul <i>cybercrime</i> (Budapest, 2001)	76
4	L'ORDINAMENTO COMUNITARIO E LA TUTELA DEI DIRITTI DEI MINORI NELL'AMBITO DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE (C.D. "TERZO PILASTRO") E NELLE RELAZIONI CON I PAESI TERZI	86
4.1	I diritti dei bambini nei trattati e l'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia	86
4.1.1	La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	92
4.1.2	La Costituzione per l'Europa ed il Trattato di Lisbona	93
4.1.3	Il Programma dell'Aja del 2001	100
4.1.4	Il Programma di Stoccolma 2010-2014	102
4.2	Gli atti adottati dall'Unione europea a tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale, anche per via telematica	104
4.2.1	Alcuni atti fondamentali del Consiglio dell'Unione europea: la Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet, la Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet e la Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile	114
4.2.2	Ulteriori atti rilevanti	121
4.2.3	La nuova strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori	123
4.2.4	Le recentissime proposte della Commissione di riforma della Decisione 2000/375/GAI e della Decisione quadro 2004/68/GAI	125
4.2.5	La Raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio sul «Rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet» del 26 marzo 2009	129
4.3	La Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e la consegna <i>ex art. 2</i> , comma 2, a prescindere dalla doppia incriminazione per i delitti di sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile	130
4.4	La promozione dei diritti dei minori nei rapporti con i Paesi terzi	134

CAPITOLO III

LA LEGISLAZIONE PENALE ITALIANA

CONTRO LO SFRUTTAMENTO SESSUALE DEI MINORI, ANCHE A MEZZO INTERNET

1	L'ORDINAMENTO ITALIANO E LA TUTELA DEI MINORI CONTRO LO SFRUTTAMENTO SESSUALE: UNA PANORAMICA	139
2	L'EVOLUZIONE DELLA CRIMINALITÀ INFORMATICA DAI <i>COMPUTERCRIME</i> AI <i>CYBERCRIME</i>	151
3	LA LOTTA ALLA SFRUTTAMENTO SESSUALE DEL MINORE PERPETRATO ANCHE A MEZZO INTERNET: LA LEGGE 269/1998 E LA LEGGE 38/2006. IN PARTICOLARE, LA RATIO DI TUTELA	157
3.1	La Legge 269/1998	157
3.1.1	La collocazione sistematica delle nuove incriminazioni e le oggettività giuridiche	159
3.1.2	Il concetto di "fanciullo". Inoltre, <i>error aetatis</i> e consenso dell'avente diritto	164

3.1.3	Le condotte incriminate e la rilevanza delle nuove tecnologie	170
3.1.4	Un primo bilancio	172
3.2	La Legge 38/2006	175
3.3	I nuovi disegni di legge in materia di pedofilia	181
4	LE SINGOLE FATTISPECIE INCRIMINATRICI	185
4.1	Prostituzione minorile (art. 600- <i>bis</i> c.p.): la prostituzione on line	185
4.2	Pornografia minorile (art. 600- <i>ter</i> c.p.). In particolare, la divulgazione e la cessione per via telematica di materiale pedopornografico	191
4.2.1	La nozione di “pornografia minorile”	192
4.2.2	Divulgazione e cessione per via telematica di materiale pedopornografico	198
4.3	Detenzione di materiale pornografico (art. 600- <i>quater</i> c.p.). In particolare, la detenzione di materiale pedopornografico su supporti tecnologici	206
4.4	Pornografia virtuale (art. 600- <i>quater</i> .1, c.p.)	216
4.5	Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600- <i>quinquies</i> c.p.)	226
5	LE DISPOSIZIONI COMUNI AI DELITTI DI CUI AGLI ARTT. 600- <i>BIS</i> E SEGUENTI C.P.	230
5.1	Circostanze aggravanti ed attenuanti (art. 600- <i>sexies</i> c.p.), confisca e pene accessorie (art. 600- <i>septies</i> c.p.)	230
5.2	La problematica individuazione del <i>locus commissi delicti</i> , della legge applicabile e della giurisdizione competente in relazione ai <i>cybercrime</i> . In particolare, le deroghe al principio di territorialità previste dall’art. 604 c.p.	237
5.3	Le altre forme di tutela dei minori introdotte dalla legislazione di contrasto di pedofilia e pedopornografia	245
5.3.1	La tutela penale dell’immagine del minore	245
5.3.2	Comunicazione al Tribunale per minorenni	245
5.3.3	Disposizioni processuali	246
5.3.4	Attività di coordinamento	249
5.3.5	Attività di prevenzione e contrasto nella normativa penale anti-pedofilia: simulato acquisto e agente provocatore	251
5.3.6	La responsabilità delle persone giuridiche	255
5.3.7	Estensione ai reati di pedofilia e pedopornografia delle misure di protezione a favore dei collaboratori con la giustizia	256
5.3.8	Modifiche all’ordinamento penitenziario	257
5.3.9	Comunicazioni agli utenti	257
5.3.10	Accertamenti sanitari	258
6	LA LEGGE 48/2008 E L’ADEGUAMENTO DELL’ORDINAMENTO ITALIANO ALLA CONVENZIONE DI BUDAPEST SUL <i>CYBERCRIME</i>	258

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI *PROVIDER* IN MATERIA DI PEDOFILIA

1	<i>PROVIDER</i> E RESPONSABILITÀ PENALE	271
1.1	La disciplina della responsabilità dei <i>provider</i> nei codici di autoregolamentazione	276
1.2	L'attuazione in Italia della direttiva CE sul commercio elettronico e la disciplina dei prestatori di servizi della società dell'informazione	282
1.3	Gli obblighi dei <i>provider</i> nella Legge 269/1998 e nel c.d. "decreto Gentiloni"	289
1.4	I <i>provider</i> nella Legge 48/2008 che ratifica la Convenzione sul <i>cybercrime</i>	294
2	FONDAMENTO E LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEI <i>PROVIDER</i> EX ART. 600-TER, TERZO COMMA, C.P. NELLE OPINIONI DOTTRINALI	295
2.1	La responsabilità penale dell'ISP per fatto proprio	298
2.2	La configurabilità (in astratto) di una responsabilità penale dell'ISP per fatto altrui: a) la responsabilità per omesso impedimento ex art. 40 cpv. c.p. e per contributo omissivo di partecipazione ex art. 110 c.p.	299
2.3	(segue) b) la responsabilità concorsuale commissiva ex art. 110 c.p.	309
3	LA GIURISPRUDENZA ITALIANA E LA SUA EVOLUZIONE	315
3.1	La sentenza del Tribunale di Roma del 18 marzo 2004 sulla responsabilità del <i>provider</i> ex art. 600-ter c.p.	321
4	BREVI NOTE DI COMPARAZIONE	326
4.1	La responsabilità dei <i>provider</i> nell'ordinamento statunitense	326
4.1.1	Il modello statunitense di ascrizione della responsabilità dei <i>provider</i>	326
4.1.2	La tutela dei minori in Internet e la responsabilità degli ISP	331
4.2	La responsabilità dei <i>provider</i> nell'ordinamento giapponese	339
4.3	Alcune pronunce giurisprudenziali in materia di responsabilità dei <i>provider</i> nel panorama europeo	341
	CONCLUSIONI	349
	BIBLIOGRAFIA	367

INTRODUZIONE

Questo studio si propone di indagare il delicatissimo rapporto tra minori ed Internet, ed in particolare la problematica della tutela penale di bambini e adolescenti dai c.d. “*cybercrime*” a sfondo sessuale, ovvero dai reati di sfruttamento sessuale commessi per via telematica.

È questo un tema di drammatica attualità e di primo piano nel dibattito politico-giuridico, sia per l’allarme sociale suscitato dai delitti in commento, sia per la dimensione, l’impatto economico e le implicazioni morali del fenomeno, sia, ancora, per le complesse problematiche che i sistemi giuridici e gli operatori del diritto sono chiamati ad affrontare per contrastarlo.

Se è vero che il crimine accompagna l’uomo lungo la sua intera storia evolutiva, mostrando di sapersi adattare rapidamente, nelle forme e nei contenuti, alla mutevole realtà sociale ed ambientale, la rivoluzione digitale pare aver creato oggi un nuovo – e per certi aspetti ideale – *habitat* per la proliferazione di nuove forme di criminalità, prevalentemente organizzata e transazionale, connesse alle nuove tecnologie informatiche e telematiche (c.d. “cibercriminalità”), di fronte alla quale i tradizionali approcci speculativi si rivelano inadeguati e gli ordinamenti nazionali troppo spesso impreparati ed incapaci di una risposta pronta ed efficace.

La scelta di analizzare, nell’ambito dell’ormai ampia casistica dei *cybercrime*, la c.d. “pedofilia telematica” – realtà inedita di un fenomeno criminale aberrante purtroppo già ampiamente sperimentato dall’umanità, ed anzi riscontrato in ogni epoca storica, nonché nei più diversi gruppi culturali, etnici e socio-economici – discende dalla constatazione che la violenza, l’abuso e lo sfruttamento (in ogni forma: fisica, psicologica o sessuale) dei minori producono nelle piccole vittime ferite indelebili, potendo sfociare, nei casi più gravi, anche nella morte, nonché dalla convinzione che tali delitti rappresentino una delle più orrende violazioni dei diritti umani e debbano essere contrastati con un’azione ferma, immediata e globale.

Una società moderna e civile non può tollerare nessuna forma di sfruttamento dei minori, trattandosi di un fenomeno che vede come vittime i bambini, ovvero i soggetti

più vulnerabili, di cui viene fatto un turpe commercio e i cui diritti fondamentali sono calpestati, minando alla base la società stessa.

Sotto diverso profilo, il tema della tutela penale dei minori dai crimini informatici, per la sua attualità, multidisciplinarietà e trasversalità, rappresenta un'ideale cartina tornasole per lo studio delle radicali trasformazioni in atto nel diritto in conseguenza della diffusione globale di Internet e delle nuove tecnologie, del progressivo adeguamento dei sistemi giuridici ai nuovi aspetti di carattere "tecnico" prodotti dallo sviluppo dell'informatica e della telematica, dell'impatto di tali nuove tecnologie sulle categorie e sul sistema penale, nonché sulla cooperazione internazionale in materia penale, tradizionalmente baluardi della sovranità nazionale.

Nell'era digitale, i bambini e gli adolescenti – tra i più entusiasti navigatori del c.d. "cyberspace" – possono comunicare, con un solo *click* del mouse, con chiunque, da e verso qualunque luogo del pianeta, ed accedere ad un volume di informazioni senza precedenti. Tuttavia, al contempo, essi diventano facile preda delle nuove forme di criminalità – organizzata e non – che si sono sviluppate su Internet e che sfruttano a proprio vantaggio le caratteristiche peculiari dell'informatica e della telematica, ed in particolare la facilità e la rapidità di comunicare, riprodurre, trasmettere e diffondere globalmente dati e informazioni, nonché la possibilità di godere di un certo anonimato. Basti pensare che, complessivamente, negli ultimi mesi, le operazioni volte a contrastare il fenomeno della pedofilia telematica hanno portato a centinaia di perquisizioni ed arresti, con migliaia di indagati in oltre sessantacinque Paesi del mondo, e notizie relative a fatti di cronaca che destano orrore e sconcerto vengono battute dalla stampa nazionale ed internazionale in drammatica successione¹.

In Italia, il legame tra Internet e pedofilia è divenuto di pubblico dominio in particolare nel settembre 2000, quando la stampa ha reso pubblici i risultati di un'inchiesta condotta dalla Procura di Torre Annunziata che ricostruiva, nei dettagli, l'enorme giro di affari di un'organizzazione italo-russa che smerciava in tutto il mondo immagini e video di bambini stuprati. Il prezzo dell'orrore cui i magistrati erano risaliti ha sconvolto l'opinione pubblica: euro 100-200 per "snipe" (immagini o video rubati in luoghi pubblici all'insaputa dei bambini); euro 500-1.200 per "poose" (foto e video in

¹ V. ad esempio, le rassegne stampa in materia, accessibili agli indirizzi: <http://www.ecpat.it/index.php?p=rassegna>; <http://newscontrol.repubblica.it/tag/pedofilia>; <http://punto-informatico.it/cerca.aspx?s=tag%3a%22pedofilia%22>.

cui i bambini assumono pose oscene); fino a euro 8.000 per “CP” (immagini che provengono da collezioni private, nelle quali gli abusi avvengono nelle abitazioni di chi gira i video); euro 3.000-10.000 per “snuff-movies” (video con efferatezze, stupri, torture e violenze; il prezzo in questi casi varia a seconda dell’età delle vittime; l’età prediletta è quella tra i due ed i sei anni); fino a euro 25.000,00 per “necros pedo” (video in cui i bambini vengono uccisi nel corso delle violenze)².

In relazione ai fenomeni criminosi della pedofilia e della pedopornografia, il Presidente dell’Osservatorio sui diritti dei minori, Antonio Marziale, ha affermato che «le organizzazioni pedofile godono di indotti finanziari tali da far impallidire il bilancio di uno Stato: ciò la dice lunga sul potere di queste *lobby* criminali», ed ha altresì sottolineato come sia «inconcepibile che le istituzioni mondiali non siano ancora giunte alla determinazione di contrastare seriamente la pedofilia, alla stregua di un crimine contro l’umanità, con le ricadute penali che il reato in sé comporta»³.

Anche a livello internazionale, la rilevanza della questione trova ampia conferma nella dichiarazione rilasciata dal Direttore Esecutivo dell’UNICEF, Carol Bellamy, nel corso del secondo Congresso mondiale delle Nazioni Unite contro lo sfruttamento sessuale ed il commercio dei bambini (Yokohama, Giappone, 17-20 Dicembre 2001): «*the commercial sexual exploitation and abuse of children is nothing less than a form of terrorism – one whose wanton destruction of young lives and future must not be tolerated for another year, another day, another hour*»⁴; nella medesima occasione, anche il Ministro degli Esteri giapponese, Makiko Tanaka, ha chiesto una «*resolute and immediate action*» a livello mondiale per combattere questo fenomeno criminale, convinto anch’egli che «*the commercial sexual exploitation is a grave violation of their human rights*»⁵.

I dati forniti dalle statistiche sono agghiaccianti: lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia minorile, negli ultimi cinque anni, sono più che raddoppiati ed il 2008 si è attestato come nuovo anno *record* della pedofilia *on line*, con un incremento del 149% dal 2003 delle segnalazioni e con inoltre un nuovo inquietante risvolto: il contenuto dei

² CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, 84.

³ Tratto da *La Repubblica*, 27 agosto 2005, accessibile al sito www.repubblica.it. V. inoltre, <http://www.osservatoriominoi.org/presentazione-2.html>.

⁴ UNICEF, *The Yokohama Global Commitment 2001*, accessibile all’indirizzo <http://www.unicef.org/events/yokohama/outcome.html>.

⁵ Tratto da un articolo della rassegna stampa dell’UNICEF, accessibile all’indirizzo http://www.unicef.org/media/media_10186.html.

siti pedofili, infatti, è mutato, con un raddoppio dei video e delle fotografie di genere sadico, ovvero quel genere che prevede la tortura delle piccole vittime.

È emerso, peraltro, che l'Europa rappresenta uno dei centri nevralgici in cui vengono perpetrati tali crimini contro l'umanità e si svolgono in maniera prevalente le attività criminose dell'industria pedofila.

Un ulteriore dato, ancor più sconcertante, concerne il continuo abbassarsi dell'età media stimata dei bambini sfruttati: sette anni nel 2008, con punte di età talora molto più basse⁶.

Durante l'ultimo Congresso mondiale delle Nazioni Unite contro lo sfruttamento sessuale ed il commercio dei bambini (Rio de Janeiro, 25-28 Novembre 2008), è emerso inoltre che, sulla base di uno studio del 2006 del Segretario Generale delle Nazioni Unite sulla violenza sui bambini⁷, si stima che centocinquanta milioni di bambine e settantatre milioni di bambini sotto i diciotto anni abbiano avuto rapporti sessuali forzati o subito altre forme di violenza sessuale e sfruttamento, e che, secondo dati dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), nell'anno 2000, un milione e ottocentomila bambini venivano sfruttati sessualmente attraverso la prostituzione o la pornografia. Dai risultati delle indagini riportati al congresso, è emerso altresì che coloro che attuano lo sfruttamento sessuale dei minori utilizzano sempre nuovi mezzi per arrivare ai bambini, inclusi Internet e le tecnologie di telefonia mobile di nuova generazione, sia per adescare i minori che navigano nella Rete, sia per pubblicare o scaricare materiale pedopornografico (nel maggio 2006, il database dell'Interpol sulle immagini di bambini sfruttati conteneva foto di più di ventimila bambini sfruttati sessualmente per produrre pornografia infantile, la maggioranza delle quali erano foto nuove).

Al fine di far luce sui fenomeni della pedofilia e della pedopornografia infantile perpetrati anche per via telematica, questo studio si articola in quattro capitoli, che trattano rispettivamente del rapporto tra Internet e minori, della normativa internazionale e comunitaria a tutela dei minori anche dai crimini di sfruttamento sessuale, degli interventi del legislatore penale italiano di repressione della pedofilia

⁶ TELEFONO ARCOBALENO, *Thirteenth Annual Report against on line child abuse and sexual exploitation*, novembre 2009, accessibile all'indirizzo http://www.telefonoarcobaleno.org/pdf/13th_annual_report.pdf.

⁷ Accessibile all'indirizzo <http://www.un.org.ua/en/news/2008-11-26/>.

anche su Internet, e della discussa questione della responsabilità penale delle diverse categorie di operatori su Internet, i c.d. “*provider*”.

Nel primo capitolo, si svolge un’analisi preliminare circa la natura e le peculiari caratteristiche della Rete e la sua influenza sul diritto, nonché circa i rischi che l’utilizzo della Rete può comportare per gli utenti minori d’età, i quali diventano sempre più spesso vittime di reati di sfruttamento sessuale perpetrati sfruttando le nuove tecnologie. Nel secondo capitolo, si fornisce un quadro della normativa e delle iniziative adottate a livello internazionale e comunitario (in particolare nell’ambito del c.d. “terzo pilastro”) per promuovere la tutela dei fanciulli come soggetti con esigenze peculiari e diverse rispetto a quelle degli adulti, contro ogni forma di abuso e sfruttamento sessuale, anche via Internet (dalla fondamentale Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo alle convenzioni sul *cybercrime* del 2001 e sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali promosse dal Consiglio d’Europa, alla Decisione quadro 2004/68/GAI ed alla recentissima proposta della Commissione di decisione quadro del Consiglio relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia che dovrebbe abrogarla e sostituirla). Si ritiene, infatti, che l’indagine sui profili giuridico-penali della repressione dei *cybercrime* ed in particolare della c.d. “pedofilia telematica” non possa prescindere dall’assumere una prospettiva internazionale, posto che oggetto di studio sono fenomeni criminosi che ruotano attorno all’utilizzo di un *medium*, Internet, che ha natura, struttura e dimensione internazionali – o meglio, globali – e che richiedono, pertanto, per essere contrastati efficacemente, che gli ordinamenti giuridici elaborino, nel rispetto dei diversi contesti normativi e culturali, una risposta armonizzata e coordinata.

Il terzo capitolo muove dall’esame della problematica della tutela dei minori dallo sfruttamento sessuale nell’ordinamento giuridico italiano e di quella, che va ad intersecarsi alla prima, dell’emersione di forme di criminalità connesse alle nuove tecnologie, che si sono evolute dagli originari *computer crime* nei *cybercrime* (categoria in cui rientra anche la pedofilia telematica) e che hanno determinato la nascita di un diritto penale dell’informatica e di Internet. Si procede, in particolare, ad un’approfondita analisi delle scelte politico-criminali operate dal legislatore italiano con le Leggi 269/21998 e 38/2006 per la tutela dei minori dallo sfruttamento sessuale, anche via Internet, terreno privilegiato di verifica e di proposta – a fronte di attività criminali

che ben sanno gestire e sfruttare la complessità dei traffici illeciti telematici su scala internazionale – di un minimo di tutela comune al diritto penale moderno degli Stati, che vada al di là delle barriere di lingua, cultura, religione e popoli tradizionalmente segnate dai confini nazionali. Il terzo capitolo contiene un’analisi delle norme di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti introdotte dalle leggi sopra citate nel corpo del Codice penale, tra i delitti contro la personalità individuale, e collocati, in particolare, tra la riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.) e la tratta di esseri umani (art. 601 c.p.), a sottolineare sia una nuova e diversa moderna concezione del bene giuridico tutelato, sia le forti analogie esistenti tra i suddetti reati. Nello specifico, si approfondiscono le principali questioni interpretative relative alle incriminazioni in commento (nozione di “minore” e di “pornografia minorile”, commissione per via telematica, rilevanza dell’*error aetatis*), il trattamento sanzionatorio previsto, il superamento del principio di territorialità nella perseguibilità di alcuni di tali reati quando commessi all’estero, l’inasprimento di alcuni istituti processuali e le ulteriori misure introdotte dal legislatore a tutela dei minori in materia. Nel terzo capitolo si procede inoltre ad una breve analisi della Legge 48/2008, che ha recepito nell’ordinamento italiano la Convenzione di Budapest sul *cybercrime* e che ha parzialmente aggiornato il Codice penale ed il Codice di procedura penale alle nuove tecnologie, senza tuttavia introdurre alcuna modifica o nuova previsione al fine di recepire l’art. 9 della Convenzione relativo alle “*offences related to child pornography*”, ritenendo quanto previsto da tale disposizione “coperto” – se non addirittura superato – dalla tutela approntata dagli artt. 600 *ter*, *quater* e *quater.1* e seguenti del Codice penale. Il quarto ed ultimo capitolo tratta della controversa problematica del fondamento e dei limiti della responsabilità penale dei *provider*. L’analisi muove da un inquadramento della categoria degli operatori su Internet e dall’esame degli obblighi finora posti a carico degli stessi (dal D. Lgs. 70/2003, dalle Leggi 269/1998 e 38/2006, dal c.d. “decreto Gentiloni”, nonché dalla Legge 48/2008). Si procede quindi con l’esame delle diverse opinioni dottrinali elaborate intorno alla configurabilità in particolare di una responsabilità penale omissiva o commissiva, anche concorsuale, per fatto altrui, in relazione ai reati commessi da terzi servendosi delle piattaforme tecnologiche e dei servizi offerti dai *provider*. Infine, si forniscono una breve disamina degli orientamenti giurisprudenziali formati sul punto in Italia ed alcuni cenni di comparazione con

riferimento l'esperienza giuridica statunitense, giapponese ed a quella di alcuni ordinamenti giuridici europei in materia.

L'impostazione prescelta consente di cogliere i tratti salienti dell'evoluzione della nozione di "infanzia" verso la moderna concezione di realtà altra rispetto a quella degli adulti e meritevole di particolare cura, nonché di valutare i progressi compiuti nell'ambito della tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale, sia nell'ordinamento interno, sia a livello europeo ed internazionale. Essa permette inoltre, al contempo, di dar conto dell'evoluzione del diritto penale in atto in conseguenza di tale diverso e più moderno approccio alla problematica in esame, con particolare riferimento agli interventi di repressione, prevenzione ed assistenza delle vittime di sfruttamento sessuale minori di età finora adottati dal legislatore penale italiano, anche su impulso ed alla luce dei principi elaborati nei documenti e negli atti delle istituzioni internazionali e comunitarie.

CAPITOLO I

MINORI E INTERNET

1 Il fenomeno Internet: tecnica, evoluzione della comunicazione e realtà virtuale

«Noi continuiamo a pensare la tecnica come uno strumento a nostra disposizione, mentre la tecnica è diventata l'ambiente che ci circonda e ci costituisce secondo quelle regole di razionalità che, misurandosi sui soli criteri della funzionalità ed efficienza, non esitano a subordinare le esigenze dell'uomo alle esigenze dell'apparato tecnico», risultandone così rivisti «i concetti di individuo, identità, libertà, spazio, tempo di cui si nutrivano l'età umanistica e che ora, nell'età della tecnica, dovranno essere riconsiderati, dismessi o riformati alle radici»⁸.

Internet, *medium sui generis*, indicato come «il mercato più partecipativo delle comunicazioni di massa» che il mondo intero abbia mai conosciuto⁹, ha imposto di riconsiderare il modo di concepire la conoscenza e la comunicazione e rappresenta senza dubbio per il mondo contemporaneo un'autentica rivoluzione. Con Internet, infatti, la tecnica ha offerto possibilità tali allo sviluppo dell'umanità che il nuovo mezzo di comunicazione è stato paragonato da alcuni all'invenzione della ruota o delle reti ferroviarie o del telegrafo¹⁰.

Nata come strumento militare, nel volgere di pochi anni la Rete ha avuto uno sviluppo per certi aspetti inimmaginabile, divenendo risorsa di uso comune e fonte privilegiata ed inesauribile di conoscenza e consentendo la diffusione a livello globale di idee, proprie ed altrui, e così una libertà sostanzialmente infinita di informare ed informarsi¹¹. Essa

⁸ GALIMBERTI U., *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999.

⁹ United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, nella trad. it. ad opera di ZENO-ZENCOVICH V., in *Dir. inf.*, 1996, 604 ss.

¹⁰ DE ROSA V., *La formazione di regole giuridiche per il «ciberspazio»*, in *Dir. inf.*, 2003, 361 ss. e quivi 364. V. inoltre, VITERBO A., CODIGNOLA A., *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Dir. inf.*, 2002, 23 ss.

¹¹ Sulle origini e sulla storia di Internet, vi è una bibliografia vastissima. V., a titolo esemplificativo, GUBITOSA C., *La storia di Internet*, Milano, 1999; ABBATE J., *Inventing the Internet*, Cambridge, 1999; RHEINGOLD H., *Comunità virtuali*, Milano, 1994; PECORELLA C., *Il diritto penale dell'informatica*,

continua ad influire e modificare significativamente il modo di pensare degli uomini che attraverso essa comunicano, la società e l'interdipendenza sociale e molti degli aspetti della vita individuale.

Infatti, come ogni esperienza di qualsiasi forma e natura modifica continuamente l'essere umano, così l'uso di uno strumento, di una tecnologia, o anche la semplice esposizione ad essa porta con sé un'esperienza ed un cambiamento, tanto più quando – come nel caso delle tecnologie della comunicazione, ed in particolare di Internet – lo strumento in questione è altresì veicolo globale di contenuti¹².

I mezzi di comunicazione e l'esperienza della comunicazione, in particolare, creano un diverso modo di percepire ciò che ci circonda e, conseguentemente, anche un diverso modo di relazionarci e comunicare.

La modificabilità derivante da stimoli ed esperienze di questa tipologia non incontra limiti di età, ma soltanto variabili, quali, ad esempio, l'età, la cultura ed i vissuti personali, variabili che influenzano il modo di reagire ai *media*.

In particolare, tali modificazioni si caratterizzano diversamente negli adolescenti e soprattutto nei bambini, rispetto ai quali il cambiamento legato all'esperienza dei mezzi di comunicazione opera in realtà piuttosto come una vera e propria «creazione di circuiti e modelli mentali innovativi»¹³.

Padova, 2000; SERRA C., STRANO M., *Nuove frontiere della criminalità. La criminalità tecnologica*, Milano, 1997; MAGNO T., *Criminalità informatica e Internet*, in *Riv. polizia*, 1999, 536 ss.; CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 255; FAGGIOLI G., *Computer crimes*, Napoli, 1998; BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998; DI CIOMMO F., voce "Internet (responsabilità civile)", in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, agg. X, Roma, 2002, 3 ss. L'origine di Internet risale agli anni Sessanta, in particolare al progetto del Dipartimento della difesa statunitense per lo sviluppo di una rete decentrata di *computer* e sistemi di *computer* interconnessi denominato ARPANET (*Advanced Research Project Agency Network*), la cui funzione fondamentale era quella di trasmettere comunicazioni anche molto lunghe in brevissimo tempo e con la possibilità di dirottare i messaggi ogni volta che non avessero potuto seguire il percorso prestabilito. Per tale progetto furono sviluppati e realizzati i protocolli di rete alla base di Internet e le prime infrastrutture di rete. Alla fine della guerra fredda, questa piattaforma tecnologica fu messa a disposizione di impieghi civili, collegando dapprima i principali centri universitari ed enti di ricerca, e raggiungendo poi, in modo ampio, l'utenza aziendale ed infine quella domestica. Il termine "Internet" è stato utilizzato per la prima volta nel 1975 per indicare l'interconnessione tra reti (*network*) distinte (ARPANet e NSFnet inizialmente) nel documento che definiva il protocollo TCP, il protocollo *standard* di comunicazione. Successivamente, al consolidarsi della posizione dell'IP come protocollo generico di comunicazione interno ad una rete, il significato del termine "Internet" si è modificato, venendo ad indicare la rete di interconnessione basata sull'associazione TCP/IP, rispettivamente protocollo di trasporto *Internetwork* e protocollo di *network*. Sulla storia del *Web*, v. BERNERS-LEE T., *L'architettura del nuovo Web*, trad. it., Milano, 2001.

¹² Sulle implicazioni di Internet sul piano della psicologia delle relazioni individuali, v. WALLACE P., *The Psychology of the Internet*, Cambridge, 1999.

¹³ MALDONADO T., *Memoria e conoscenza. Sulle sorti del sapere nella prospettiva digitale*, Milano, 2005.

Con l'avvento del *computer*, della telematica e dell'informatica¹⁴, si ritiene che il modo di comunicare della popolazione mondiale sia radicalmente mutato, *in primis* per la trasformazione della forma dei testi, da orale a scritta e da scritta a virtuale. La peculiarità della forma virtuale risiede nel fatto che le informazioni sono immagazzinate non più nella scrittura ad inchiostro su carta, bensì con l'elettronica e su supporti magnetici o ottici; tali supporti, al fine di essere intellegibili all'uomo – tramite la visualizzazione in forma di scrittura su video o la stampa su carta – devono essere oggetto di un'operazione di “mediazione” che si attua attraverso l'apparecchiatura elettronica¹⁵.

Ne nasce una nuova realtà, la c.d. “realtà virtuale” o “*cyberspace*”¹⁶, definita come «una metodologia che trova le sue radici nell'informatica, nell'ottica e nella robotica. Aggiunge al nostro universo uno spazio che si sovrappone alla realtà senza mai interferire con essa [...] La realtà virtuale è nel significato etimologico della parola, utopistica: è un “non-luogo” [...] Al termine “realtà virtuale”, ormai integrato nel linguaggio corrente, lo specialista in intelligenza artificiale William Bricken preferisce l'espressione “ambiente virtuale”, che sottolinea maggiormente il coinvolgimento dell'uomo immerso nel mondo artificiale»¹⁷, altri quello di «simulmondo», ad indicare «un mondo parallelo, in crescita velocissima, creato all'interno del nostro vecchio mondo geografico e culturale. Quello che Gibson chiamò *Cyberspace* e Lanier *Virtual Reality*»¹⁸.

¹⁴ Per “telematica” deve intendersi il metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza, mediante l'impiego di un linguaggio computerizzato che veicola informazioni automatizzate. Con il termine “informatica”, invece, si indica il procedimento di memorizzazione artificiale dei dati, per mezzo di impulsi elettromagnetici su un nastro di elaborazione dati, così registrati su uno schermo (FROSINI V., voce “*Telematica e informatica giuridica*”, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 60 ss.).

¹⁵ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 3. L'Autore evidenzia come l'apparecchiatura elettronica trascodifica per ben due volte la scrittura dell'uomo, inizialmente quando l'uomo immette le informazioni, che vengono trasformate in segni digitali (*i.e.* simboli alfanumerici che costituiscono il linguaggio del *computer*), e successivamente quando l'utente del sistema “richiede” che l'informazione sia visualizzata o stampata, ritrasformando i segni digitali in caratteri alfabetici leggibili dall'uomo.

¹⁶ Il termine “*cyberspace*” è stato utilizzato per la prima volta da Gibson (*Neuromancer*, New York, 1984), ad indicare «l'ambiente interattivo virtuale sviluppato dai *computer*», realtà priva di fisicità nel senso tradizionale del termine, in quanto ridotta a segnali digitali. In relazione a tale realtà, osserva l'Autore che la rete Internet «che per sua natura tende ad agglutinare lo spazio che circonda, diviene il contorno e lo spazio della possibilità di nuove relazioni comunitarie. Da comunicazione a comunità» (GIBSON W., *Neuromante*, Milano, 2000, 66).

¹⁷ JOLIVALT B., *La realtà virtuale*, trad. it. di ARMANI M.C., Roma, 1999, 21-22.

¹⁸ CARLÀ F., *Simulmondo. La rivoluzione simulata: dai videogiochi alla finanza democratica*, 2001, 3.

La Rete consente l'interazione dell'utente con la realtà virtuale cui accede ed offre una possibilità di dialogo e di confronto tra soggetti anche lontanissimi nel mondo fisico, sia fisicamente sia culturalmente, unica nel suo genere, che non apparteneva né appartiene ai *mass media* tradizionali.

La potenza innovativa e l'importanza di Internet vanno ben oltre quella di qualsiasi altra recente innovazione, posto che nessuna di queste era mai giunta a consentire la creazione di una sorta di universo parallelo, ovvero di una realtà – tanto virtuale quanto concreta – come il cibernazio in cui la Rete si concretizza.

Osserva in merito Di Ciommo che: «la rivoluzione in atto non trova le sue radici in movimenti culturali, filosofici o politici (sebbene, come era facile prevedere, abbia dato luogo a movimenti di tal fatta), in quanto essa è determinata, più semplicemente, dall'utilizzazione diffusa del nuovo strumento di comunicazione (il *medium* [...]). È forse la prima volta nella storia recente dell'umanità che un'innovazione di processo influenza in modo tanto diretto i comportamenti umani al punto di determinare così importanti trasformazioni culturali e sociali»¹⁹.

Internet è dunque anche un fenomeno sociale, «un modello di organizzazione sociale», seppur in parte estraneo al concetto tradizionale di società, nel quale il contatto fisico è determinante, che permette, anche nelle situazioni più povere di interazione, l'automatica formazione di una struttura sociale²⁰.

La rilevanza della Rete come fenomeno sociale è stato riconosciuto, tra l'altro, anche dalla Commissione europea nella Comunicazione al Parlamento Europeo sul contenuto illegale e nocivo di Internet²¹, ove si evidenzia come «Internet si è affermato come uno dei principali blocchi costituiti dell'infrastruttura globale dell'informazione e [...] è al

¹⁹ DI CIOMMO F., *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117 ss. e quivi 122.

²⁰ RODOTÀ S., *Relazione introduttiva al Convegno "Internet e privacy – quali regole?"*, 8 maggio 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/675/rodotint.htm>: «Di fronte a noi abbiamo davvero un modello di organizzazione sociale. In due sensi: nel senso proprio, perché si propone alla società un suo modo di organizzarsi. Non più l'organizzazione piramidale, ma l'organizzazione a rete. Non più un'organizzazione con una comunicazione a suo modo autoritaria, dall'alto verso il basso e anche le prime forme di interattività non modificavano radicalmente questo schema, ma davvero come una possibilità di una rete di rapporti che consenta a ciascuno di entrare in rapporto con gli altri mettendo in discussione l'assetto gerarchico dell'organizzazione sociale. Non ci sono privilegi nel comunicare, anche la più ricca delle strutture di tipo tradizionale, le televisioni dei 500 canali, non hanno le potenzialità di rottura dello schema gerarchico che abbiamo conosciuto perché non tutti possono nello stesso tempo assumere il ruolo di produttori e consumatori delle informazioni».

²¹ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni, Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet, Bruxelles, 16 ottobre 1996 COM(96) 487, accessibile all'indirizzo <http://www.privacy.it/Internet.html>.

tempo stesso divenuto potente fattore d'evoluzione in campo sociale, educativo e culturale»²².

2 La rete Internet: natura e caratteristiche

2.1 La struttura

Per procedere all'esame in chiave giuridica della problematica della tutela dei minori dai *cybercrime* a sfondo sessuale, oggetto di questo studio, è necessario fornire una breve preliminare disamina circa i concetti fondamentali che caratterizzano la realtà informatica e telematica.

Internet non è un'entità fisica o tangibile, bensì essenzialmente «un sistema globale di comunicazione costituito dal collegamento telematico, attuale, costante, ed in tempo reale, fra sistemi informatici di tutto il mondo, in qualsiasi luogo essi siano situati»²³.

Internet, secondo la celebre definizione dalla corte federale statunitense, rappresenta la «rete delle reti», una «gigantesca rete che interconnette un numero infinito di gruppi più ristretti di reti informatiche collegate tra loro»²⁴.

Sotto un profilo strettamente tecnico, Internet è una WAN (*Wide Area Network*), ossia una rete «geografica» che collega più LAN (*Local Area Network*) o reti «locali», al cui interno tutti gli utenti connessi possono trasmettere da e verso gli altri utenti a loro volta connessi, e si caratterizza per il fatto che le vie della comunicazione telematica possono prendere i tragitti più articolati ed indiretti per raggiungere il destinatario, in modo tale che anche l'interruzione o la distruzione di uno o più punti di interconnessione non impedisce la comunicazione, potendo questa prendere un'altra strada.

Con riferimento all'*hardware*, il collegamento alla Rete avviene mediante cavi di varia tipologia, solitamente dedicati, o anche tramite connessione *wireless*, e passa attraverso

²² Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni, Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet, 16 ottobre 1996, COM(96) 487, accessibile all'indirizzo <http://www.privacy.it/Internet.html>.

²³ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 223.

²⁴ United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, nella trad. it. ad opera di ZENO-ZENCOVICH V., in *Dir. inf.*, 1996, 604 ss.

i c.d. “nodi”, rappresentati dai c.d. “*provider*” che gestiscono le strutture tecniche di accesso alla Rete²⁵.

Per quanto attiene al *software*, ciò che rende possibile la comunicazione tra l’insieme dei diversi *computer* (c.d. “*server*”) connessi alla Rete è l’uso di un protocollo di trasmissione comune (il protocollo TCP/IP – *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), che, fornendo una serie di regole universalmente accettate per comporre i messaggi, strutturare i pacchetti e trasmettere i dati, fa sì che questi possano essere scambiati e letti da *computer* diversi, anche se dotati di *standard* diversi e appartenenti a sistemi differenti tra loro²⁶. Proprio l’utilizzo di tale *standard* ha consentito la diffusione capillare di Internet a livello mondiale, in quanto, da un lato, il protocollo in esame prescinde dalle caratteristiche *hardware* e *software* delle reti interconnesse, e, dall’altro, è uno *standard* aperto, utilizzabile senza limitazioni da chiunque su qualsiasi *computer* e su tutti i sistemi operativi.

Nella Rete gli elaboratori devono poter essere identificati univocamente. Ciò è possibile mediante l’assegnazione immediata, nel momento in cui un *computer* si collega alla Rete, di un indirizzo IP (*Internet Protocol*), ossia di un codice numerico composto da quattro triplette di numeri che arrivano ciascuna sino a 255 (ad esempio 123.122.121.120); tale indirizzo consente di identificare in modo univoco ogni nodo collegato ad Internet, e quindi di indirizzare verso un solo *computer* i messaggi immessi o ricercati nel sistema.

L’assegnazione degli IP-*Address* può essere gestita sia in modo dinamico (tramite assegnazione all’utente un nuovo indirizzo IP, fra quelli a disposizione del *provider*, ogni qualvolta esso si connette alla Rete, cosicché l’indirizzo della macchina utente viene riassegnato ogni volta al momento della connessione con il *provider*), sia in modo statico (mediante assegnazione all’utente di un indirizzo IP predefinito che diventa proprietà esclusiva dell’utente stesso e rimane identico ad ogni nuova connessione ad Internet).

Dal momento in cui la rete telematica, da strumento riservato all’uso di enti pubblici, governativi e militari, è stata aperta agli enti universitari e di ricerca e sviluppo e poi al

²⁵ V. *infra*, sub Cap. IV.

²⁶ Accanto al protocollo primario TCP/IP, vi sono anche il FTP (*File Transfer Protocol*) per il trasferimento dei *file*, il SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*) per la posta elettronica e Telnet per il collegamento remoto.

pubblico, la definizione dell'indirizzo Internet tramite i codici numerici sopra indicati è risultata disagiata per i nuovi utenti. Per ovviare a questo problema, è stato creato il sistema DNS (*Domain Name System*): l'indirizzo DNS è composto quasi sempre da lettere, e spesso da parole di senso compiuto o dalla riproduzione di marchi di aziende, nominativi, parole chiave, in modo da facilitare l'identificazione di ciò che si sta cercando. Un apposito programma informatico provvede a commutare l'indirizzo DNS (c.d. "dominio") scelto dall'utente trasformandolo nel codice numerico che il *computer* è in grado di riconoscere.

L'accesso ad Internet può avvenire attraverso una molteplicità di mezzi, ovvero sia mediante un elaboratore o terminale di elaboratore direttamente e permanentemente connesso ad una rete di elaboratori a loro volta direttamente o indirettamente collegati ad Internet, sia mediante un *computer* dotato di un *modem* che sfrutta la linea telefonica per collegarsi ad un elaboratore o ad una rete di elaboratori direttamente o indirettamente collegati ad Internet (in tal caso, il servizio di connessione è offerto dai *provider*)²⁷.

Anche se i due termini sono sovente usati come sinonimi, da Internet deve essere tenuto distinto il *World Wide Web* (WWW, comunemente abbreviato in *Web*)²⁸, che è un servizio della Rete che mette a disposizione degli utenti uno spazio elettronico e digitale dato dalla memoria di particolari *computer* (c.d. "*server web*") per la pubblicazione di contenuti multimediali (testi, immagini, audio, video, ipertesti, ipermedia, ecc.), oltre che un mezzo per la distribuzione di *software* (programmi, dati, applicazioni, videogiochi, ecc.) e la fornitura di servizi particolari sviluppati dagli utenti medesimi²⁹. Anzi, il *Web* è uno dei più conosciuti ed utilizzati servizi di Internet, ed è stato superato recentemente per volume di traffico generato solo dal ricorso alla posta elettronica.

Il *Web* ha senza dubbio contribuito in modo determinante all'odierna diffusione della Rete consentendo una celerità di comunicazione ed una flessibilità senza precedenti.

²⁷ BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, 22.

²⁸ L'implementazione del *Web* si deve a Berners-Lee, ricercatore al CERN di Ginevra, in collaborazione con un suo collega, Cailliau, ed è fatta risalire dal CERN alla data del 13 marzo 1989, giorno in cui Berners-Lee presentò al suo supervisore un documento dal titolo "*Information Management: a Proposal*". La creazione del primo sito *web* è fatta risalire invece al 6 agosto 1991, ad opera dello stesso Berners-Lee. Oggi, gli *standard* su cui il *Web* si basa, in continuo sviluppo, sono mantenuti dal *World Wide Web Consortium* (W3C).

²⁹ DE ROSA V., *La formazione di regole giuridiche per il «ciberspazio»*, in *Dir. inf.*, 2003, 361 ss. e quivi 363-364.

Il *Web* consente di visualizzare gli iperoggetti presenti su Internet (oggetti di qualsiasi tipo: video, audio, *file* di testo, etc.), che contengono al proprio interno sia informazioni sia collegamenti (*link*) verso altri iperoggetti e che possono inoltre essere richiamati mediante rimandi presenti in altri iperoggetti³⁰.

Analogamente a quanto visto per i protocolli di trasmissione su Internet, anche i linguaggi con i quali sono scritte le pagine *web* sono sostanzialmente *standard*, e pertanto comprensibili da elaboratori differenti (i linguaggi prevalenti sono HTML – *Hypertext Markup Language* e *Flash*).

La pagina *web* è un vero e proprio *software* che ha la particolarità di non essere compilato per l'esecuzione ma distribuito dai *server* come codice sorgente. Il *software* utilizzato per visualizzare le pagine *web* è il c.d. “*browser*” (ne sono esempi *Internet Explorer*, *Fire Fox*, *Safari*, *Mozilla*, *Opera*, ecc.), che compone la schermata video del terminale interpretando il codice del linguaggio con cui la pagina è stata realizzata.

Tutte le informazioni visualizzate sul video sono memorizzate all'interno del sistema operativo in un'apposita cartella denominata *Temporary Internet Files*. Per quanto concerne tali *file* temporanei, essi pongono particolari problemi in relazione all'accertamento della volontarietà dell'atto di memorizzazione sulla memoria del *computer* (ad esempio, può essere necessario accertare se l'accesso ad un sito *web* con contenuti pedopornografici è avvenuto per volontà dell'utente o se la pagina *web* è stata attivata automaticamente), poiché, attraverso le nuove tecnologie, è possibile che delle procedure siano attivate direttamente ed autonomamente dalle macchine (evidentemente sulla base di istruzioni prefissate dall'uomo, ma non per volontà ad esempio dell'utente) e la cui ricezione ed accettazione da parte del destinatario avviene spesso ad opera esclusiva di un'altra macchina, che risponde anch'essa con schemi preordinati agli *input* che le pervengono.

Per quanto concerne la tipologia delle comunicazioni che avvengono su Internet, queste possono essere di varia natura. Le più comuni sono le seguenti: messaggi c.d. “*one to one*” (posta elettronica), distribuzione di messaggi su base di dati (gruppi di informazione o *newsgroup*); messaggi c.d. “*one to many*” (*listserver* o *mailing list*); distribuzione di messaggi su base di dati (come gruppi di informazione USENET); comunicazione in tempo reale (*chat*); utilizzazione in tempo reale di apparecchiature

³⁰ MARTINOTTI G., *SquInternet. Le nuove regole per il disordine delle Reti. Presentazione*, in TORRANI O., PARISE S., *Internet e diritto*, Milano, 1998, 9 ss.

informatiche (come *Telnet*); reperimento di informazioni e servizi (*world wide web, ftp, gopher*)³¹.

2.2 Le caratteristiche

Internet ed il *Web* presentano alcune peculiari caratteristiche tecnologiche: sono realtà ad accesso libero e spontaneo, destrutturate, acefale, informi, generate dalla decisione autonoma dei singoli operatori che hanno stabilito di collegarsi tra loro attraverso protocolli comuni dotati di una capacità diffusiva globale. Tali caratteristiche li rendono rispettivamente un mezzo di comunicazione ed uno spazio del tutto differenti dagli altri, ed anzi, come visto, hanno portato alla creazione di un vero e proprio mondo parallelo, virtuale, che sfugge ai tradizionali limiti spazio-temporali, *res nullius* e *res communi omnium*, accessibile a chiunque ovunque nel mondo sia possibile ottenere un accesso alla Rete³².

In primis, ciò che identifica in modo distintivo la Rete è che si tratta di un mezzo di comunicazione sovranazionale e globale. In Internet, infatti, i messaggi hanno una diffusione potenzialmente mondiale, e sono veicolati attraverso molteplici Paesi, senza che vi siano percorsi obbligati o costanti. Inoltre, i messaggi, anche se riferibili ad un soggetto residente in un determinato Stato, possono essere generati e successivamente inviati da un Paese diverso (ponendosi in tal senso anche complesse questioni giuridiche in ordine alla legge sostanziale e processuale applicabile all'eventuale fatto illecito, nonché agli aspetti di *enforcement*)³³.

Strettamente connesso alla sovranazionalità è l'aspetto della trasparenza, intesa come «potenziale accessibilità totale delle informazioni, allorché queste vengono inserite in un sito telematico» e la digitalizzazione dell'informazione, che «ne rende estremamente semplice la riproduzione, la manipolazione o la trasmissione, divenendo addirittura impossibile ogni distinzione tra la copia e l'originale»³⁴. Tale caratteristica fa di Internet

³¹ BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, 23-24. V. inoltre, CORRIAS LUCENTE G., *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. inf.*, 2000, 597 ss.

³² United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, nella trad. it. ad opera di ZENO-ZENCOVICH V., in *Dir. inf.*, 1996, 604 ss.

³³ ZENO-ZENCOVICH V., *I rapporti fra responsabilità civile e penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf.*, 1999, 1049 ss.

³⁴ ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 215.

un *medium* globalmente accessibile, tanto più considerando che, diversamente dai mezzi di comunicazione tradizionali, la rete telematica si caratterizza anche per essere di gran lunga più economica della rete telefonica ordinaria, rendendo la connessione economicamente accessibile ad un numero di soggetti enormemente superiore, nonché per la possibilità di comunicare con chiunque sia collegato ad essa ovunque si trovi fisicamente. Internet, in sostanza, non presenta barriere all'accesso (consentito a chiunque disponga della non costosa piattaforma tecnologica necessaria) ovvero le presenta identiche per chiunque si immetta, instaurando pertanto una sorta di parità tra i comunicatori che è il prodotto della natura interattiva del mezzo³⁵.

Un'altra peculiarità della Rete è rappresentata proprio dall'interattività³⁶: Internet è un sistema aperto e flessibile che si basa sul coinvolgimento diretto degli utenti nella fase di creazione di contenuti e servizi e di fruizione degli stessi. Il navigatore, infatti, non solo può ricercare e combinare le informazioni in modo del tutto autonomo costruendo così da sé i propri percorsi di lettura, ma può anche creare egli stesso dei contenuti da immettere in Rete o reindirizzare materiale pervenutogli da terzi.

Accanto all'interattività, deve essere menzionata anche la multimedialità: la tecnologia di Internet e del *Web* consente, infatti, di avvalersi normalmente di diversi *media* per comunicare un'informazione, rendendo possibile utilizzare contestualmente ed integrare in uno stesso messaggio testi, immagini, foto, grafici, filmati, animazioni, ecc.

Altre caratteristiche essenziali della Rete sono l'immaterialità, l'a-territorialità e l'immediatezza.

L'immaterialità è connaturata agli strumenti informatici, e deriva dalla circostanza che tali strumenti digitalizzano le informazioni facendo perdere loro la "componente fisica". L'a-territorialità, invece, è «l'estremizzazione del superamento della territorialità, perché offre un mondo senza confini, allo stesso tempo legato alla realtà così come viene comunemente intesa e tuttavia slegato da essa» e caratterizza in modo esclusivo la

³⁵ CORRIAS LUCENTE G., *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. inf.*, 2000, 597 ss.

³⁶ I dati della sua crescita sono straordinari: soltanto nel 1996 gli utenti dislocati in circa 160 Paesi erano 60 milioni, cifra che si raddoppia ogni anno. I siti disponibili nel *web* nel 1995 erano 10 milioni circa, pari ad un incremento del 1.600% rispetto all'anno precedente. Tali dati sono contenuti nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio sul contenuto illegale e nocivo di Internet. Per quanto attiene, poi, all'Italia, una previsione sulla crescita dell'utilizzo di Internet fa salire la percentuale dell'utenza nel 2000, rispetto al 1994, di quasi il 25% nelle famiglie e del 60% nel mondo delle aziende (cfr. SCARPATO G., *Il diritto della Rete*, Napoli, 1998, 34 ss.).

Rete³⁷. Internet è stata persino definita come un “non-luogo”, in quanto in essa difetterebbe quella dimensione spazio-territoriale che è invece propria dei luoghi in senso stretto, e posto che non presenta le caratteristiche proprie dei luoghi in cui vivono i soggetti, non essendo un’entità fisica o tangibile, ma piuttosto una gigantesca rete che interconnette un numero infinito di gruppi più ristretti di reti informatiche collegate tra loro³⁸.

Per quanto concerne l’immediatezza, essa deriva dalla circostanza che la trasmissione per via telematica dell’informazione avviene in tempo reale (basti pensare, ad esempio, alle conversazioni in *chat*), portando ad un superamento dei tradizionali limiti intrinseci della comunicazione connessi all’esistenza “fisica” di distanze e di ostacoli spaziotemporali-materiali³⁹.

Sotto il profilo contenutistico, Internet presenta uno spiccato polimorfismo, ovvero è caratterizzata da linguaggi di programmazione soprattutto orientati agli oggetti che consentono di realizzare *software* non statici, con caratteristiche elevate di adattabilità ed inalterabilità⁴⁰.

Un’altra caratteristica peculiare della Rete è rappresentata da un certo anonimato di cui gli utenti possono eventualmente avvalersi. La tecnologia di Internet, infatti, essendo basata su informazioni digitate su un *computer*, consente di attribuirsi il nome che si desidera (c.d. “*nickname*”), di assumere una nuova “identità digitale” o di rimanere anonimi⁴¹. Più precisamente, l’utente che accede ad Internet può darsi qualsiasi denominazione di fronte al destinatario della comunicazione, posto che solo il *provider* che consente l’accesso può conoscere l’identità “reale” dell’utente medesimo.

³⁷ FIORIGLIO G., *Temi di informatica giuridica*, Roma, 2004, 153.

³⁸ BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, 17.

³⁹ AMATO MANGIAMELI A.C., *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino, 2000, 10.

⁴⁰ CORRIAS LUCENTE G., *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. inf.*, 2000, 597 ss.; MARTINOTTI G., *SquInternet. Le nuove regole per il disordine delle Reti. Presentazione*, in TORRANI O., PARISE S., *Internet e diritto*, Milano, 1998, 9 ss. La programmazione orientata agli oggetti (OOP, *Object Oriented Programming*) è un paradigma di programmazione che prevede di raggruppare in un’unica entità (la classe) sia le strutture dati che le procedure che operano su di esse, creando per l’appunto un “oggetto” *software* dotato di proprietà (dati) e metodi (procedure) che operano sui dati dell’oggetto stesso. La programmazione orientata agli oggetti può essere vista come una modulazione di oggetti *software* sulla base degli oggetti del mondo reale.

⁴¹ Un’interessante pronuncia della Suprema Corte ha recentemente sancito la rilevanza penale dell’identità virtuale, ritenendo integrata la fattispecie di sostituzione di persona di cui all’art. 494 c.p. ad opera di un soggetto che aveva attivato un *account* di posta elettronica utilizzando l’identità di una terza persona al fine di intrattenere relazioni via Internet (Cassazione penale, sez. V, 14 dicembre 2007, n. 46674, in *Dir. Internet*, 2008, 249 ss., con commento di CATULLO F.G., *Rilevanza penale dell’identità virtuale*, 250 ss.).

La copertura garantita dall'anonimato all'utente che tenga nella Rete comportamenti illeciti comporta un'effettiva difficoltà tecnica di giungere, in tempi ragionevoli, all'identificazione dell'autore delle condotte e rappresenta uno dei maggiori nodi problematici nelle indagini che concernono reati informatici.

In merito, tuttavia, attenta dottrina ha evidenziato come, in realtà, Internet non consenta di usufruire di un anonimato assoluto, posto che tutti i *server* connessi alla Rete sono identificati in modo univoco attraverso l'indirizzo IP e che la comunicazione tra *server* avviene mediante pacchetti che contengono l'indicazione della provenienza e del destinatario del messaggio. In particolare, i *file* di *log* conservano traccia dei diversi passaggi su Internet, consentendo di identificare quantomeno i *server* stabilmente connessi alla Rete, e sono aggiornati automaticamente e costantemente dai programmi *server*⁴². Nel caso invece di connessione ad Internet mediante linea telefonica e *modem*, essendo comunque assegnato un codice identificativo all'accesso, seppur variabile ad ogni connessione, è comunque possibile risalire all'utente che ha effettuato l'accesso, sulla base di un esame combinato del codice e dei tabulati telefonici. Purtroppo, permangono in ogni caso tutte le difficoltà connesse alla circostanza che alcuni *server* possono tecnologicamente fare in modo che non sia possibile identificare l'utente finale che ha navigato su Internet.

Infine, accanto alle caratteristiche fin qui esaminate, deve essere menzionata la confidenzialità: la Rete, grazie alle tecnologie di cui è dotata, consente di garantire la riservatezza – seppur non in modo assoluto – dei messaggi scambiati (ad esempio, via *mail*) tra gli utenti⁴³. La rivoluzione telematica ha aperto, infatti, un nuovo mercato nel quale la riservatezza e la confidenzialità dei messaggi, ovvero la protezione dei dati e delle informazioni scambiate tra un mittente e uno o più destinatari nei confronti di terze parti (che deve prescindere dalla sicurezza del sistema di comunicazione utilizzato) diventano essenziali per i *computer* che immagazzinano e si scambiano una quantità sempre più elevata di dati personali. In un sistema che garantisce la confidenzialità, una terza parte che entri in possesso delle informazioni scambiate tra mittente e destinatario, non è in grado di ricavarne alcun contenuto informativo intelligibile, in quanto sono

⁴² AA.VV., *Trattato breve di diritto della Rete. Le regole di Internet*, diretto da SIROTTI GAUDENZI A., Rimini, 2001, 40.

⁴³ Cfr. CASSANO G., *Internet e riservatezza*, in AA.VV., *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, a cura di CASSANO G., Milano, 2001, 9 ss.

stati utilizzati appositi meccanismi di cifratura, criptazione ed occultamento della comunicazione. Peraltro, sempre in relazione alla confidenzialità, è stato osservato che le particolari modalità fruibili che caratterizzano Internet la rendono adatta (diversamente, ad esempio, dalla televisione) ad un uso prevalentemente di tipo individuale ed a sviluppare inoltre negli utenti un elevato senso di “intimità” nella comunicazione.

2.3 La natura giuridica della Rete: Internet, libertà di manifestazione del pensiero e libertà di informazione

Sotto il profilo giuridico, la Rete assume una duplice natura: da un lato, mezzo di diffusione del pensiero, dall’altro, mezzo – *sui generis* – di telecomunicazione, individuale e di massa⁴⁴.

Ciò detto, è evidente che la «oscillante valenza della connessione in rete tra la “forma di comunicazione” e il “mezzo di diffusione del pensiero” rende insomma estremamente difficile conciliare istituti e regole nati per una comunicazione al pubblico con una comunicazione dai connotati incerti», ed impone di riflettere anzitutto in merito alla riconducibilità delle forme di comunicazione effettuate per via telematica nell’ambito della libertà di manifestazione del pensiero sancita dall’art. 21 Cost.⁴⁵ e riconosciuta ad ogni individuo, libertà che rappresenta una «pietra angolare»⁴⁶ e la «chiave della

⁴⁴ CORRIAS LUCENTE G., *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. inf.*, 2000, 597 ss.

⁴⁵ Art. 21, Cost.:

«Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizza, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l’indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell’autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all’autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s’intende revocato e privo di ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

⁴⁶ Corte costituzionale, 17 aprile 1969, n. 84, accessibile all’indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/1969/0084s-69.html>.

democrazia»⁴⁷, il fondamento del sistema senza il quale nemmeno le altre libertà sancite dalla Costituzione potrebbero esistere.

In primis, si osserva che, quanto all'indicazione dei mezzi di divulgazione del pensiero, l'art. 21 Cost. contiene una clausola aperta ed estesa, flessibile, che consente pertanto di evitare la "fossilizzazione" della norma alla tecnologia esistente. Peraltro, anche la dottrina costituzionalistica ha costantemente fornito un'interpretazione estensiva della dell'art. 21 Cost. sotto tale profilo, al fine di assicurare che per via interpretativa non ne risultassero espunti mezzi, strumenti o fattispecie concrete e salvaguardare pertanto l'ampiezza del principio in essa enunciato⁴⁸. Pertanto, non vi è dubbio che l'attività attraverso Internet rientri, a prescindere dalle diverse modalità della comunicazione, dalla rilevanza dei suoi contenuti o dal suo scopo, nell'ambito della libertà di pensiero⁴⁹. La dottrina ritiene peraltro che Internet – da alcuni definita «tecnologia di libertà»⁵⁰ – se paragonata agli altri strumenti di informazione e divulgazione del pensiero (ad esempio, stampa e televisione), persino risponda nel complesso in modo migliore allo scopo della norma costituzionale citata, posto che il principale obiettivo della libertà di manifestazione del pensiero è il raggiungimento del pluralismo e che la Rete, per le caratteristiche che la contraddistinguono, risulta coerente con tale obiettivo, consentendo agli utenti di esprimere liberamente il proprio pensiero, di diffonderlo e di assicurare la pluralità delle fonti informative e l'effettività della libertà di espressione⁵¹.

⁴⁷ Corte costituzionale, 13 febbraio 1974, n. 25, accessibile all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0025s-74.html>.

⁴⁸ In merito al concetto di "mezzo", Zaccaria osserva che «La libertà di manifestazione del pensiero prevista dal comma 1 dell'art. 21 della Costituzione comprende, dunque, in linea di principio, almeno, la libertà di diffondere, di riprodurre, di divulgare il pensiero utilizzando tutti i mezzi disponibili allo scopo» (ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004). V. inoltre, CHIOLA C., voce "Manifestazione del pensiero (libertà di)", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 1 ss.; CORRIAS LUCENTE G., *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 597 ss. Sul rapporto tra Internet e i principi costituzionali nella giurisprudenza statunitense, v. *infra*, sub Cap. IV.

⁴⁹ COSTANZO P., *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Probl. inf.*, 1996, II, 183 ss. e quivi 186; RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008, 59 ss. Sulle problematiche relative all'inquadramento costituzionale dei servizi Internet, v. inoltre VALASTRO A., *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 211 ss.

⁵⁰ VITERBO A., CODIGNOLA A., *La rete: tecnologia di libertà?*, in *Dir. inf.*, 2003, 219 ss.

⁵¹ Scrive Razzante che «l'esercizio via Internet di una libertà costituzionalmente garantita alimenta un circuito vivificante per una sorta di "democrazia elettronica" intesa come uguaglianza nelle condizioni di accesso per via telematica alle informazioni e come pari opportunità di partenza nella navigazione in rete per attingere notizie e opinioni su fatti di interesse pubblico» (RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008, 60). V. inoltre, ZENO-ZENCOVICH V., *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*, nota a United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, in *Dir. inf.*,

Internet rientrerebbe pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost. «in modo pieno e esaustivo potendo fruire sia della garanzia prevista per il messaggio, sia di quella del tutto corrispondente prevista per il mezzo. Ciò, se sotto il primo profilo, omologa senz'altro Internet agli altri mezzi espressivi, non tollerando limiti contenutistici diversi da quelli costituzionalmente previsti, sotto il secondo profilo configura la Rete come uno strumento di fatto dotato di una diffusività massima, refrattario in punto di diritto a qualsiasi indirizzo monopolista, oligopolista o soltanto dirigista»⁵².

A tutela dei diritti della personalità e del sentimento della collettività, l'art. 21 Cost. individua determinati limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, escludendo esplicitamente quelle forme di manifestazione del pensiero che risultino incompatibili con il buon costume (comma 4) e definendo in tal modo l'ambito della tutela apprestata dalla norma⁵³. Ad opera della giurisprudenza costituzionale sono stati individuati anche dei limiti c.d. "impliciti" alla libertà in commento, derivanti dalla tutela che viene costituzionalmente garantita a situazioni giuridiche che fanno capo ai privati (ad esempio, riservatezza, onore, diritto d'autore) e dalla tutela di interessi pubblici (quali la sicurezza di Stato, l'ordine pubblico, il prestigio degli organi costituzionali e della pubblica amministrazione)⁵⁴.

Posto che l'art. 21 della Costituzione garantisce sia la libertà di manifestazione del pensiero sia la libertà di usare i mezzi di comunicazione necessari a diffondere il pensiero, i limiti opponibili all'utilizzo del mezzo Internet potranno essere solo quelli sopra citati, che trovano fondamento positivo nella Costituzione sono desumibili in via interpretativa dai principi costituzionali.

1996, 641 ss. e quivi 641; ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 215; DI LELLO C., *Internet e costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. inf.*, 2007, 895 ss.

⁵² COSTANZO P., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, 26 giugno 1997, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/costanz3.htm>.

⁵³ ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 9 ss.; BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 79 ss. Scrive Zaccaria, richiamando anche Zagrebelsky (ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992, 115) che «nonostante quella regola ormai pacifica nella letteratura costituzionale (sebbene inespressa nel diritto positivo) che richiama una presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali, tuttavia i limiti alle libertà stesse sono possibili e perfino necessari: anche se, viene precisato, come limiti soltanto estrinseci e al solo scopo di prevenire la collisione distruttiva dei diritti stessi e di renderne possibile a tutti l'esercizio».

⁵⁴ In dottrina, ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 9 ss. In giurisprudenza, Corte costituzionale, 9 maggio 1985, n. 138, in *iur. Cost.*, 1985, 986 ss.; Corte costituzionale, 18 aprile 1974, n. 106, in *Giur. Cost.*, 1974, 761 ss.

Tra tali limiti, vi è anche il buon costume⁵⁵, clausola generale prevista dalla norma costituzionale e tesa ad assicurare il rispetto della dignità umana contro manifestazioni del pensiero «in perversione» dei costumi, ha subito nel tempo rilevanti modifiche, essendo legata alla morale corrente e all'opinione pubblica in un determinato momento storico⁵⁶.

In particolare, recentemente il concetto di buon costume è stato oggetto di una rilettura volta ad individuare un solido fondamento per assicurare la tutela dei minori e recuperare in tal modo la possibilità di esercitare un controllo su manifestazioni del pensiero contrarie alla morale sessuale o comunque altrimenti nocive per i bambini. Tale rilettura è in linea con quell'opinione dottrinale che sostiene come il buon costume non debba coincidere con la morale o la coscienza etica, ma debba essere la risultante di un insieme di precetti comportamentali che disciplinano la vita sociale, la cui inosservanza determina la violazione del pudore sessuale e della dignità personale⁵⁷.

Nell'ordinamento giuridico italiano, diversamente che in quello statunitense⁵⁸, esistono dunque norme nazionali di rango costituzionale (art. 21, comma 4, Cost.) e norme

⁵⁵ DI LELLO C., *Internet e costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. inf.*, 2007, 895 ss. e quivi 908 ss. Analoga a quella italiana è l'esperienza giuridica europea, nella quale l'oscenità che riguarda i minori è generalmente esclusa dall'ambito di applicazione della libertà di manifestazione del pensiero da disposizioni costituzionali o internazionali, come ad esempio il comma 4 dell'art. 21 della Costituzione e l'art. 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*, nota a United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, in *Dir. inf.*, 1996, 641 ss.). In merito, può essere ricordata, tra l'altro, la nota pronuncia del *Conseil Constitutionnel* francese del 23 luglio 1996, che si è pronunciato a favore di strumenti legislativi che limitino l'accesso a Internet nell'interesse dei minori, considerando naturale una regolamentazione in tal senso (*Conseil Constitutionnel* n. 96-378 CD, 23 luglio 1996, in *Droit de l'informatique et des telecoms*, 1996, 41 ss.; la pronuncia è citata anche da COSTANZO P., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 831 ss.). Diversa la situazione in altri Paesi quali, ad esempio, gli Stati Uniti, dove la Corte Suprema, nella pronuncia che ha dichiarato l'incostituzionalità del *Communication Decency Act*, ha statuito che «l'interesse ad incoraggiare la libertà di espressione è preponderante su qualsiasi beneficio, teorico ma indimostrato, della censura», ritenendo che qualora la Rete fosse sottoposta a forme di censura vi sarebbe il rischio di rendere controllabili le fonti di informazioni mettendo a repentaglio il pluralismo e la partecipazione dei cittadini alla formazione dell'opinione pubblica.

⁵⁶ ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 40, nota 1.

⁵⁷ In dottrina, ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 13 ss. In giurisprudenza, Corte costituzionale, 19 febbraio 1965 n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, 61 ss.

⁵⁸ Negli Stati Uniti si tentò per la prima volta di dettare una specifica disciplina per Internet con il *Telecommunications Act* del 1996, il quale conteneva, tra l'altro, alcune disposizioni (il c.d. "*Communications Decency Act*") che vietavano le oscenità nelle comunicazioni, limitando così la libertà di espressione. I giudici della corte federale del distretto della Pennsylvania avevano ritenuto *prima facie* incostituzionale questa limitazione, basando il proprio giudizio sul I Emendamento alla Costituzione americana, che prevede che «il Parlamento non voterà alcuna legge che limiti la libertà di parola e di stampa». In merito alla delicata questione circa la legittimità costituzionale delle suddette limitazioni alla

internazionali (art. 10, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero quale «diritto che comprende la libertà di opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee, senza ingerenze di autorità pubbliche e senza frontiere»⁵⁹), che escludono espressamente le oscenità dall'ambito della libertà di espressione e autorizzano lo Stato ad esercitare il proprio ruolo sussidiario rispetto alla famiglia in relazione all'educazione della gioventù giungendo a vietare «quelle manifestazioni che turbino il processo educativo o siano genericamente contrarie alla morale»⁶⁰.

Tuttavia, stanti le peculiarità del mezzo Internet, ci si è chiesti se fossero applicabili anche alla rete telematica i tradizionali strumenti di controllo della manifestazione del pensiero e della sua diffusione preventivi (censura, autorizzazione) e repressivi (sequestro).

In merito, mentre per le informazioni telematiche assimilabili alla carta stampata in forza dell'art. 1 della Legge 62/2001 dottrina e giurisprudenza ritengono pacifica la possibilità di procedere al sequestro nei casi stabiliti dalla legge per la stampa⁶¹, in relazione alle altre forme di espressione telematiche la questione è ancora discussa, pur se si riscontrano nella pratica molteplici sequestri in caso di violazione del diritto di autore, pedofilia e pedopornografia, offesa al sentimento religioso.

Per quanto concerne in particolare le manifestazioni contrarie al buon costume, si ritiene che l'intervento statale, preventivo e repressivo, trovi il proprio fondamento nel dettato costituzionale, pur se si rende necessario assicurare che tale intervento si limiti al raggiungimento del fine cui tende la Costituzione, tutelando la libertà delle altre manifestazioni garantite dalla Costituzione medesima⁶². In tal senso si sono espresse anche le istituzioni europee, che hanno identificato una serie di informazioni a

libertà di pensiero in Internet, la Corte Suprema degli Stati Uniti, sulla base di un'approfondita analisi delle caratteristiche di Internet e degli interessi in gioco, ha ritenuto prevalente l'interesse ad incoraggiare la libertà di espressione, a scapito di qualsiasi altro beneficio connesso alla censura dell'osceno nella Rete. Sul punto, v. anche *infra*, sub Cap. IV.

⁵⁹ Sul rapporto tra libertà informatica e diritti della personalità nell'ottica del diritto internazionale, cfr. FOIS P., *Universalismo e regionalismo nel diritto internazionale delle comunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1998, 255 ss.

⁶⁰ CERETTI C., voce "*Pensiero (libertà di)*", in *Noviss. dig. it.*, XII, Milano, 1965, 867 ss.

⁶¹ La giurisprudenza è costante nel ritenere che qualsiasi sequestro operato al di fuori di tali previsioni normative sia illegittimo (cfr. *ex multis*, Tribunale di Roma, 2 novembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1018). V. inoltre *infra*, sub Cap. IV.

⁶² ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 24.

contenuto illegale e nocivo in Internet, proponendo interventi immediati sia su base tecnologica sia su base giuridica al fine di reprimere tali contenuti illeciti; ad esempio, in relazione alla tutela dei minori, è stata ipotizzata l'adozione di dispositivi di filtraggio per consentire il controllo a valle da parte dei genitori anziché di organismi pubblici di controllo che non potrebbero «tenere conto delle differenze nei canoni di gusto e decenza esistenti tra paesi, comunità e famiglie»⁶³.

Conclusivamente sul tema, può dirsi che in Italia, la dottrina e la giurisprudenza sono orientate nel senso di un bilanciamento dei contrapposti valori in gioco, considerando legittimo ed anzi doveroso porre dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero anche su Internet, ma solo nella misura strettamente necessaria a tutelare gli altri valori costituzionali che vengono in rilievo.

Si è affermato, infatti, che, considerata l'articolata e complessa dimensione informativa della Rete, in ambito telematico ogni limite alla libertà di manifestazione del pensiero, per essere giustificabile, dovrebbe essere ispirato al criterio del «minimo mezzo»⁶⁴.

Altro aspetto che viene in rilievo è quello di individuare le posizioni soggettive delle quali i soggetti utenti della Rete sono titolari nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla comunità virtuale, onde poter identificare i loro diritti e le relative forme di tutela.

Si ritiene, infatti, che Internet abbia generato, nell'ambito del *cyberspace*, anche un nuovo tipo di entità individuale (la c.d. “*electronic person*”⁶⁵), la cui funzione centrale risulta essere quella di consentire l'accesso a *media* interattivi e di proteggere l'anonimato della persona fisica che si avvale di questa identità (ad esempio, utilizzando un *nickname*) per mostrarsi agli altri partecipanti alla comunità virtuale.

⁶³ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni, Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet, Bruxelles, 16 ottobre 1996 COM(96) 487, accessibile all'indirizzo <http://www.privacy.it/Internet.html>; Parlamento Europeo, Consiglio, Decisione n. 276/1999 del 25 gennaio 1999 che adotta un piano pluriennale d'azione comunitario per promuovere l'uso sicuro di Internet attraverso la lotta alle informazioni di contenuto illegale e nocivo diffuse attraverso le reti globali, 25 gennaio 1999, accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0276:IT:HTML>.

⁶⁴ CERRI A., *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. inf.*, 1996, 785 ss.

⁶⁵ Il termine è stato coniato da Karnow (KARNOW C.E.A., *The Encrypted Self: Fleshing Out the Rights of Electronic Personalities*, in *The John Marshall journal of computer & information law*, 1994, 13(1), 1 ss. e quivi 13). Cfr. anche FROSINI V., *Human Rights in the Computer Age*, in *Dir. Inf.*, 2001, 167 ss.

Non si potrà prescindere pertanto dal dare rilevanza anche alla tutela della personalità elettronica, che può essere considerata una delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'uomo ai sensi dell'art. 2 della Costituzione⁶⁶.

In merito, è stato evidenziato come Internet abbia creato un nuovo diritto soggettivo di libertà personale, ovvero il diritto di libertà informatica, autentico prodotto dell'era telematica⁶⁷.

Più precisamente, in ambito telematico la libertà dell'informazione⁶⁸ presenta due distinti peculiari profili: la libertà informatica, ovvero la libertà di reperire, elaborare e diffondere informazioni utilizzando strumenti informatici, e la libertà telematica, ovvero la libertà di trasmettere dati a distanza tramite la Rete⁶⁹.

La libertà informatica discende direttamente dalla libertà di informazione e trova in questa il suo fondamento costituzionale⁷⁰.

Originariamente, negli anni Ottanta, il contenuto della libertà informatica era stato individuato nel diritto del cittadino di disporre dell'impiego dei propri dati personali

⁶⁶ DE ROSA V., *La formazione di regole giuridiche per il «ciberspazio»*, in *Dir. inf.*, 2003, 361 ss. e quivi 378.

⁶⁷ FROSINI V., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf.*, 2000, 271 ss.; ID., *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inf.*, 2003, 487 ss. L'Autore evidenzia, tra l'altro, che la libertà informatica è stata oggetto delle note e fondamentali pronunce della corte federale del distretto della Pennsylvania e della Corte Suprema sulla incostituzionalità della legge che vietava le comunicazioni indecenti apparse sulla rete Internet, pronunce nelle quali sono state svolte interessanti considerazioni in merito al rapporto tra Internet e libertà costituzionali. Davanti alla Corte distrettuale della Pennsylvania era stato impugnato, nel 1996, il *Communications Decency Act* (quale Titolo V del *Telecommunications Act*, la legge di riforma delle telecomunicazioni approvata dal Congresso nel 1996), che regolamentava i contenuti indecenti su Internet. La Corte distrettuale dichiarava incostituzionale il *Communications Decency Act* perché in contrasto con il I Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti che recita: «Il Congresso non potrà fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibirne il libero culto; o per limitare la libertà di parola o di stampa, o il diritto che hanno i cittadini di riunirsi in forma pacifica e di inoltrare petizioni al governo per la riparazione di torti subiti». La Corte Suprema, investita della questione, confermava la decisione dei giudici federali della Pennsylvania ed emanava il 26 giugno 1997 una sentenza nella quale, dopo aver analizzato il mezzo Internet (definito «mezzo di comunicazione umana a livello mondiale unico ed assolutamente nuovo», il cui contenuto è «vario quanto il pensiero dell'uomo») e sui sistemi in grado di gestire l'uso della rete Internet, specialmente per quanto concerne i siti contenenti materiale sessualmente esplicito, confermava la decisione di incostituzionalità della legge, perché in contrasto con il I Emendamento alla Costituzione, dando pertanto rilievo prevalente al profilo di manifestazione del pensiero piuttosto che a quello relativo alla riservatezza e segretezza della comunicazione, anch'esso tutelabile costituzionalmente per il tramite del XIV Emendamento. In particolare, i giudici concludono affermando che: «I fatti accertati dimostrano che l'espansione di Internet è stata, e continua ad essere, fenomenale. È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prova contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura». Sulla questione, v. anche *infra*, sub Cap. IV.

⁶⁸ V. in tema, ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 1 ss.

⁶⁹ SEROTTI L., *Libertà di informazione e libertà informatica*, in *Inf. e dir.*, 1996, 82 ss.

⁷⁰ GIANNANTONIO E., *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, 25.

destinati ad un'elaborazione elettronica. Si trattava pertanto di un diritto con funzione di protezione dell'autonomia individuale, in termini di tutela passiva nei confronti dei detentori del potere informatico, privati o autorità pubbliche, una sorta di *right to privacy*, cioè di diritto dell'individuo alla riservatezza contro l'indebita utilizzazione altrui delle notizie concernenti la propria sfera privata attraverso le tecnologie informatiche⁷¹.

Successivamente, a seguito dello sviluppo di Internet e per la necessità di regolamentare in generale l'uso delle nuove tecnologie, si è andati via via riconoscendo alla libertà informatica un significato più ampio e più "attivo", di «non libertà da ma libertà di» avvalersi degli strumenti informatici al fine di fornire ed ottenere informazioni di ogni genere⁷².

Tuttavia, a poco a poco, anche la scelta di ancorare il concetto di libertà informatica alla sola gestione delle informazioni è risultata riduttiva, in quanto faceva sì che si perdessero di vista «le molteplici attività e funzioni che i sistemi informatici svolgono, in termini di progettazione, calcolo, e cooperazione all'attività creativa e produttiva dell'uomo, sia essa svolta in forma professionale o meno, al di là e indipendentemente dalla mera gestione di informazioni di terzi e rilevanti per i terzi», nonché – e soprattutto – la ragione fondamentale per cui va affermata e tutelata la libertà informatica e cioè il fatto che il sistema informatico⁷³ costituisce ormai per l'individuo una propaggine della propria mente e di tutte le conoscenze, i ricordi, i segreti che essa custodisce»⁷⁴.

⁷¹ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 5 ss. V. inoltre FROSINI V., *Banche-dati e tutela della persona*, Roma, 1983, 5, che parla, in merito, di «libertà positiva di esercitare un diritto di controllo sui dati riferiti alla propria persona, che siano già usciti dalla sfera della riservatezza per diventare elementi di un archivio elettronico pubblico o privato».

⁷² FROSINI V., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf.*, 2000, 271 ss. e quivi 275 ss.; GIANNANTONIO E., *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, 25; TRAVERSI A., *Il diritto dell'informatica*, Milano, 1994, 85 ss.

⁷³ Per "sistemi informatici" si intendono «sia sistemi di scrittura o di automazione d'ufficio ad uso individuale o particolare, sia complessi sistemi di elaborazione dati in grado di fornire servizi e potenza di calcolo a migliaia di utenti, sull'intero territorio nazionale od anche oltre i confini del Paese»; per "sistemi telematici" si intendono le «reti di telecomunicazione, sia pubbliche che private, "locali" e "geografiche", nazionali o internazionali, operanti da o per il nostro Paese, ed ogni altra loro componente (*software*, dati, informazioni, flussi di comunicazione, messaggi, ecc.)» (PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 23).

⁷⁴ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 7, che cita BORRUSO R., *La tutela dei documenti e dei dati*, in BORRUSO R., BUONOMO G., CORASANITI G., D'AIETTI G., *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994, 28.

Sulla base di tali osservazioni, si è giunti ad affermare che l'esigenza di una tutela della libertà informatica non è riconducibile esclusivamente alla tutela costituzionale della libertà di informazione, bensì trova fondamento nell'enunciazione dei diritti della persona e della personalità contenuti nella Costituzione⁷⁵.

La libertà informatica dovrebbe pertanto potersi definire come «la libertà di ciascuno di avvalersi delle tecnologie informatiche per esprimere la propria personalità, in qualunque settore dell'agire umano: libertà che va riconosciuta a chiunque, in virtù del generale principio di uguaglianza e di pari dignità degli individui, e che si compenetra e confonde con i diritti essenziali della persona, del cui esercizio essa costituisce un'ulteriore modalità: in particolare la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), in tutte le sue estensioni; il diritto all'invio del domicilio (art. 14 Cost.) che si può e si deve estendere al c.d. "domicilio informatico"; il diritto alla segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.) che non può non abbracciare anche la corrispondenza telematica; la libertà di circolazione (art. 16 Cost.) che deve includere la libertà di circolazione telematica; la libertà di associazione (art. 18 Cost.), che include la libertà di associazioni telematiche; la libertà di professione religiosa ed anche di propaganda religiosa (art. 19 Cost.), che ben può svolgersi telematicamente; il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) che può e deve potersi svolgere anche attraverso le tecnologie informatiche e telematiche; ecc.»⁷⁶.

Risulta evidente peraltro che anche la libertà informatica incontra i medesimi limiti già riconosciuti dalla Costituzione e dalla legge ordinaria a carico delle altre libertà, ed in particolare quelli opponibili alla stessa libertà di informazione, di tipo pubblico e privato. Sono del primo tipo tutte le norme di ordine pubblico, buon costume, sicurezza

⁷⁵ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 7-8. La libertà di informazione comprende sia il diritto di informazione, ossia il diritto di fornire notizie alla collettività, sia il diritto all'informazione, inteso come diritto di accesso alle notizie. Il riconoscimento della libertà di informazione è contenuto già nell'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo («Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere»). Il principio è recepito anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dall'art. 19 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, che prevede altresì la possibilità che la libertà di informazione venga sottoposta ad alcune restrizioni che «devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche» (in tema, v. SAULLE M.R., *Libertà di informazione e privacy nel diritto internazionale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, 244 ss.).

⁷⁶ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 9.

pubblica e statale e tutte quelle di natura penale che sanzionano i comportamenti contro l'onore; sono del secondo tipo tutte le situazioni giuridiche soggettive riconosciute in capo al singolo e costitutive dei diritti della personalità.

Come accade per la libertà di informazione, pertanto, anche l'intensità della tutela della libertà di informazione si lega inscindibilmente agli equilibri costituzionali e dipende, nelle potenziali situazioni di conflitto, dal generale giudizio di contemperamento di tutti gli interessi in gioco; tuttavia, in relazione alla libertà informatica, vi è una peculiarità: i limiti ad essa posti dovranno essere adattati alla particolare realtà e funzionamento delle nuove tecnologie informatiche⁷⁷.

Con riferimento al tema che ci occupa, si esamineranno nel prosieguo le differenti applicazioni che del diritto in commento fanno l'ordinamento italiano e quello statunitense⁷⁸. In sintesi, può dirsi che, mentre la giurisprudenza statunitense ha ritenuto, anche in taluni casi eclatanti, ed anche in relazione alla problematica dei contenuti pedofili su Internet, incompressibile il diritto di libertà informatica, diverso è l'atteggiamento dei giudici italiani ed europei, che invece valutano come sostanzialmente comprimibile la libertà di manifestazione e comunicazione del pensiero via Internet mediante limiti o imposizioni anche a carico dei *provider* in ragione della tutela di superiori interessi quali *in primis* la tutela dei minori⁷⁹. In Italia e in Europa, infatti, il problema della regolamentazione della libertà informatica è più che altro incentrato sulla ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia della libertà informatica e la tutela dei fondamentali diritti di libertà, che comporta, tra l'altro, anche la necessità di impedire utilizzi illeciti delle nuove tecnologie informatiche a danno di altri soggetti, tanto più se – come nel caso dei minori – soggetti vulnerabili e in formazione.

2.4 Internet e diritto

Osserva Irti che «il *computer* non è un mezzo per stare al mondo, il mezzo ha creato il proprio mondo, nel quale si può entrare o non entrare. Quegli, che valica il confine e ne percorre le rotte, è perciò diviso tra mondo e sopra-mondo, fra terra e spazio telematico,

⁷⁷ Ancora, PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 9.

⁷⁸ V. *infra*, sub Cap. IV.

⁷⁹ Cfr. LONGHINI P., *Internet nella giurisprudenza*, Milano, 2003, 1 ss.

tra luoghi e non-luogo. Si delineano problemi giuridici, gravi e inattesi. [...] La perdita dei luoghi non consente l'immediata individuazione del diritto applicabile. Il dove giuridico attende nuovi criteri»⁸⁰.

Invero, la rivoluzione copernicana portata da Internet non ha potuto non investire anche il mondo del diritto: l'affermazione e lo sviluppo esponenziale della c.d. "società dell'informazione", infatti, hanno messo progressivamente in crisi le tradizionali categorie economiche, sociali e politiche su cui si fondava la società, e così anche quelle giuridiche, con notevoli implicazioni per la tutela di alcuni diritti fondamentali della persona umana.

Sul piano giuridico, le nuove tecnologie pongono molteplici e complesse problematiche, che determinano, da un lato, un'evoluzione del diritto⁸¹ e, dall'altro, richiedono un urgente adeguamento della normativa, sia in campo civile che in campo penale, al fine di ri-codificare le nuove modalità dell'agire umano ed assicurare alle stesse una tutela giuridica efficace.

Una fondamentale novità caratterizzante Internet, dall'effetto dirompente, è rappresentata dalla circostanza che, nonostante il finanziamento del governo americano, «non si rinviene, nella rete, un'autorità centrale o un soggetto che pretenda diritti esclusivi per effetto di un atto statale di concessione o di un accordo tra Stati internazionalmente valido e recepito dai contraenti nella loro legislazione interna. Non si tratta di una lacuna. La diffusione della comunicazione su Internet esclude la dimensione autoritaria propria di ogni esperienza giuridica»⁸².

In Internet, pertanto, sembra mancare un elemento che sta alla base dello Stato moderno, ovvero la presenza di un'autorità che si esplica attraverso il controllo di un territorio o di un gruppo di persone, e ciò perché, da un lato, ad Internet non è "materialmente" applicabile il concetto di frontiera e, dall'altro, perché di un vero e proprio territorio nella Rete non si può parlare: «*The trouble with cyberspace is that there's no there there*»⁸³.

⁸⁰ IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 6.

⁸¹ Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Dir. inf.*, 2003, 89 ss.

⁸² BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, 30.

⁸³ BURNSTEIN M.R., *Conflicts in the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, 77 ss. e quivi 81.

La decentralizzazione che caratterizza Internet e che impedisce, in linea generale, di instaurare un monopolio teso al controllo globale dei flussi di dati che viaggiano nella Rete ha rappresentato e rappresenta in realtà uno dei punti di forza della Rete stessa.

Il carattere universale del *Web*, in particolare, è stato acquisito proprio grazie all'assenza di un controllo centrale, che avrebbe altrimenti limitato la crescita e quindi le potenzialità di questo mezzo di espressione del pensiero umano.

Internet sembra non esistere nemmeno come entità organizzata, poiché non vi sono uno o più proprietari della rete ma unicamente alcuni organi di collegamento, quali la *Internet Society* (ISOC), l'*Internet Architecture Board* (IAB), l'*Internet Engineering Steering Group* (IESG) e l'*Internet Engineering Task Force* (IETF)⁸⁴. L'unica attività centralizzata sulla Rete è quella di attribuzione dei nomi a dominio, di cui si occupa l'*Internet Corporation for Assigned Numbers and Names* (ICANN) a livello mondiale ed un consorzio universitario denominato GARR in Italia⁸⁵.

Tuttavia, deve evidenziarsi, in una diversa ottica, che in Internet vi sono molteplici comunità, e, secondo autorevole dottrina, vi è altresì un'organizzazione sociale che si basa sul consenso degli appartenenti-utenti, e su un elemento di autorità che si fonda su regole tecniche tendenzialmente universali, anziché su volizioni umane, come accade invece negli ordinamenti statali⁸⁶.

Più specificamente, la miglior dottrina⁸⁷ ritiene che la rivoluzione digitale abbia generato e sia al contempo conseguenza della «globalizzazione del diritto» e che il diritto, nel confronto-scontro con le nuove tecnologie si sia evoluto verso lo sviluppo di «diversi ordinamenti indipendenti da quelli statuali, che regolano specifici settori della realtà sociale, a livello transnazionale, i quali non derivano la propria legittimazione da una formale investitura statale, ma da meri atti di *self-validation*»⁸⁸.

Esisterebbe pertanto anche per quanto concerne il *cyberspace* una sorta di ordinamento, costituito però da regole astrattamente tecniche (i protocolli di comunicazione), da regole tecnico-amministrative (gli indirizzari di Rete), da norme di autoregolamentazione elaborate da specifiche categorie di soggetti presenti in Rete o,

⁸⁴ Più approfonditamente sul tema, cfr. AMBROSINI A., *I soggetti dell'Internet*, in AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, a cura di CASSANO G., Milano, 2002, 311 ss.

⁸⁵ ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, 215.

⁸⁶ BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, 33.

⁸⁷ Cfr. per tutti, AA.VV., *Global Law without State*, a cura di TEUBNER G., Dartmouth, 1998, 34.

⁸⁸ RESTA F., *Paradigmi giuridici e tecnologia digitale*, in *Dir. inf.*, 2003, 579 ss.; PRICE M.E., VERHULST S.G., *Self-Regulation and the Internet*, The Hague, 2005.

comunque, connessi alla Rete (ad esempio, le c.d. “*acceptable use policies*”, modalità di utilizzo della Rete elaborate da NFSNet, oppure le norme alle quali gli utenti dovranno conformarsi se vorranno partecipare al *forum* elaborate dai fondatori del *forum* medesimo)⁸⁹ e da norme di azione e di relazione, autogenerate dal sistema (ad esempio, la c.d. “*netiquette*”, codice di comportamento spontaneamente sviluppato dagli utenti, la cui violazione, è socialmente sanzionata dagli utenti, anche mediante l’esclusione dell’utente scorretto dalla partecipazione ad un *forum*).

Si tratterebbe di regole codificate – e socialmente sanzionate dagli utenti – che rivelerebbero l’esistenza anche nella Rete di un primitivo nucleo di norme, e, ancor prima, della necessità di un ordine anche nel mondo virtuale, seppur attraverso una regolamentazione minima⁹⁰.

L’organizzazione sociale di Internet, pertanto, sarebbe data dalla presenza di un insieme di comunità, da un’organizzazione che promana dagli appartenenti-utenti e da un elemento di autorità che promana in questo caso non da volizioni umane bensì da regole tecniche avanti carattere universale.

All’ordinamento del *cyberspace* risulterebbe icasticamente inapplicabile il concetto di sovranità, difettando nella realtà virtuale due elementi essenziali: il controllo che lo Stato esercita sulle persone e sulle cose che rientrano nel proprio ambito di “competenza” (che si esplica, ad esempio, attraverso l’imposizione fiscale, il potere di emanare norme di comportamento e renderle effettive)⁹¹ ed il territorio⁹². In particolare l’a-territorialità del ciber spazio, infatti, imporrebbe di prendere atto della totale inadeguatezza in tale ambito del dogma dell’esclusività del potere normativo fondato sulla sovranità territoriale e sulla statualità del diritto, risultando evidente l’incapacità – o meglio, l’impossibilità (anche tecnica) – degli Stati di esercitare la loro sovranità in relazione alle attività poste in essere su Internet e nell’ambito della comunità virtuale,

⁸⁹ HANCE O., *Internet e la legge*, Milano / New York, 1997, 19.

⁹⁰ Osserva peraltro Hance che le regole di autoregolamentazione e, in misura ridotta, anche la *netiquette*, potrebbero essere prese in considerazione anche in eventuali contenziosi che riguardino fatti verificatisi nel ciber spazio, in quanto i giudici, al fine di valutare il comportamento tenuto dalle parti in causa, potrebbero informarsi riguardo agli usi vigenti su Internet (HANCE O., *Internet e la legge*, Milano, 1997, 19).

⁹¹ Così, BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, 33.

⁹² In merito, è stato osservato in dottrina che «i fenomeni globali determinano la crisi della territorialità, la crisi del rapporto dello Stato con il territorio [...], che costituisce per lo Stato la base fisica della sua identità, il suo corpo» (IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 75, che riporta POGGI G., *Lo stato: natura, sviluppo, prospettive*, Bologna, 1992, 266).

mentre l'immaterialità determinerebbe la necessità di identificare nuovi e diversi beni meritevoli di tutela, i c.d. "beni digitali"⁹³.

L'analisi della realtà virtuale e l'osservazione delle caratteristiche sopra evidenziate, nonché le difficoltà concettuali e pratica di applicare al *cyberspace* le tradizionali categorie giuridiche ha indotto alcuni affermare che in realtà Internet sia uno spazio senza diritto o, diversamente, che ci si trovi di fronte ad un «diritto che determina il proprio spazio arbitrario ed artificiale»⁹⁴; altri ancora hanno invece ipotizzato la possibilità di ricondurre il fenomeno Internet al principio della pluralità degli ordinamenti giuridici per «tentare di trovare una spiegazione nuova ed autonoma di determinati fenomeni offerti dalla realtà economica sociale contemporanea, rispetto ai quali l'impostazione stalistica si era rivelata del tutto insoddisfacente»⁹⁵.

Certo è che, ancora prima di tentare di comprendere se e in quali termini di possa parlare di un ordinamento giuridico di Internet, il primo interrogativo che il giurista si trova ad affrontare è se vi sia davvero bisogno di un diritto per regolare i rapporti che si instaurano sulle reti telematiche⁹⁶.

⁹³ RESTA F., *Paradigmi giuridici e tecnologia digitale*, in *Dir. inf.*, 2003, 579 ss.

⁹⁴ IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 54.

⁹⁵ BONELL M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, 155.

⁹⁶ Per un'approfondita disamina della problematica, v. UNITED NATION INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES TASK FORCE, *Internet Governance: a Grand Collaboration*, New York, 2004. Cfr. inoltre, quanto alla dottrina italiana, ALPA G., *Cyber Law, Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 385 ss. In argomento, è inoltre interessante riportare alcuni passi delle analisi ed osservazioni svolte da Rodotà: «Quando parlo di una Costituzione per Internet» – scrive – «non penso evidentemente ad un documento simile alle costituzioni nazionali, ma alla necessità di definire i principi che possono trasformare in diritti le situazioni di quanti usano la rete. E, non essendo pensabile una assemblea costituente che proclami questi principi, è necessario seguire sentieri diversi, cogliendo le varie opportunità via via presenti nelle aree del mondo» (RODOTÀ S., *Una costituzione per Internet*, 20 ottobre 2005, accessibile all'indirizzo http://www.politeia-centrostudi.org/doc/Selezione/politeia_82%20rodota.pdf). E successivamente: «è necessario andare oltre i tradizionali schemi delle convenzioni internazionali. Bisognerà integrarli con strumenti che consentano l'adesione di organizzazioni di cittadini e delle stesse imprese, utilizzando modelli già sperimentati, ad esempio, per garantire la circolazione internazionale delle informazioni. In questo modo sarà possibile stimolare più direttamente l'attenzione e la partecipazione di una molteplicità di attori sociali, rendendo concreta quella che viene chiamata una impostazione *multistakeholders*, con il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati. Questa è la via che può portarci alla Carta dei diritti. Intanto, mimando la definizione di Internet come "rete delle reti", si può mettere a punto un "quadro dei quadri di principi già esistenti". Da qui può nascere una "*mosaic law*", un mosaico composto da diversi elementi normativi che progressivamente si compongono in un comune contesto istituzionale. Mettere al centro la Carta dei diritti ha un altro, urgente obiettivo. Bisogna uscire fuori da una schizofrenia politica ed istituzionale che continua retoricamente a parlare della libertà su Internet, mentre questa viene concretamente limitata e violata. Solo una convinta e puntuale affermazione dei diritti in Rete può indicare quali sono i principi inviolabili in un sistema democratico, e salvaguardare davvero quella libertà» (RODOTÀ S., *Perché Internet ha bisogno di una carta dei diritti*, 14 novembre 2006, accessibile all'indirizzo). E tornando ancora sul tema: «Quasi nelle stesse ore in cui a New York una commissione dell'Onu approvava con uno storico voto la proposta di moratoria della pena di morte, a Rio de Janeiro il rappresentante delle stesse

In merito, esistono in dottrina principalmente due tesi contrapposte. La prima, di origine nord-americana, ritiene che nel cibernazio i rapporti debbano essere disciplinati esclusivamente da codici di condotta o altre forme di autoregolamentazione, configurandosi pertanto il diritto a governo di Internet come a-statuale e a-territoriale. I fautori della seconda, invece, reputano che sia necessario un «diritto minimo», ovvero un minimo intervento esterno, fissato dagli Stati e dagli enti sovranazionali⁹⁷.

Accanto a tali tesi, della disciplina giuridica di Internet sono state in realtà offerte le più diverse prospettazioni ed inquadramenti: alcuni affermano che la Rete sarebbe governata da un sistema di regole tecniche, che consentirebbe il collegamento tra un numero indefinito di soggetti che si trovano nelle stesse condizioni, e nell'ambito del quale i confini tra i vari Stati non sarebbero fisici bensì soltanto logici; secondo altri, Internet sarebbe una realtà sovranazionale che riguarda tutti i Paesi dotati delle necessarie infrastrutture di telecomunicazioni per l'accesso alla Rete; secondo altri ancora, preoccupati di cogliere la sostanziale novità del fenomeno Internet, la Rete rappresenterebbe una realtà che supera la tradizionale categoria della sovranità nazionale; da ultimo, i c.d. "*digital libertarians*" affermano che la Rete è il luogo dell'assoluta libertà, che non deve essere in alcun modo limitata, dovendosi riconoscere

Nazioni Unite chiudeva il grande *Internet Governance Forum* affermando che i molti problemi che si pongono in rete richiedono un *Internet Bill of Rights*. Accanto questi avvenimenti, che possono apparire lontani e qualitativamente assai diversi, per tre ragioni. In entrambi i casi è balzata in primo piano l'importanza di una politica globale dei diritti. In entrambi i casi non siamo di fronte ad un definitivo punto d'arrivo, ma ad un processo che richiede intelligenza e determinazione politica. In entrambi i casi il risultato è stato reso possibile da una lungimirante iniziativa italiana. [...] conformemente alla natura di Internet, il riconoscimento di principi e diritti non può essere calato dall'alto. Deve essere il risultato di un processo, di una partecipazione larga di una molteplicità di soggetti che si sono già materializzati nella forma di "*dynamic coalitions*", gruppi di diversa natura, nati spontaneamente in rete e che proprio a Rio hanno trovato una prima occasione di confronto, di lavoro comune, di diretta influenza sulle decisioni. Nel corso di questo processo si potrà approdare a risultati parziali, all'integrazione tra codici di autoregolamentazione e altre forme di disciplina, a normative comuni per singole aree del mondo, come di nuovo dimostra l'Unione europea, la regione del mondo dove più intensa è la tutela dei diritti. Le obiezioni tradizionali - chi è il legislatore? quale giudice renderà applicabili i diritti proclamati? - appartengono al passato, non si rendono conto che "la valanga dei diritti umani sta travolgendo le ultime trincee della sovranità statale", come ha scritto benissimo Antonio Cassese commentando il voto sulla pena di morte. Nel momento stesso in cui il cammino dell'*Internet Bill of Rights* diverrà più spedito, già vi sarà stato un cambiamento. Comincerà ad essere visibile un diverso modello culturale, nato proprio dalla consapevolezza che Internet è un mondo senza confini. Un modello che favorirà la circolazione delle idee e potrà subito costituire un riferimento per la "*global community of courts*", per quella folla di giudici che, nei più diversi sistemi, affrontano ormai gli stessi problemi posti dall'innovazione scientifica e tecnologica, dando voce a quei diritti fondamentali che rappresentano oggi l'unico potere opponibile alla forza degli interessi economici» (RODOTÀ S., *Una Carta dei diritti del web*, 20 novembre 2007, accessibile all'indirizzo <http://www.privacy.it/rodotat20071120.html>).

⁹⁷ ZENO-ZENCOVICH V., *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf.*, 1999, 1049 ss.

pertanto agli utenti di poter navigare nella più totale autonomia rispetto ad ogni autorità⁹⁸.

In merito alla questione, quale che sia la teoria accolta, riteniamo che Internet necessiti di una seppur minima regolamentazione.

Come osserva Rodotà, infatti, «la libertà ha sempre bisogno di un quadro istituzionale non che la protegga, ma che consenta ad essa di rimanere al riparo dai molti attacchi che alla libertà possono essere portati anche senza una volontà censoria. E nel momento in cui Internet evolve come grande luogo di interessi economici, tendenza che non può e sarebbe sbagliato contrastare, dobbiamo però tenere conto della necessità di salvaguardare in rete i diritti e le dinamiche della libertà. Non è un caso che da anni si parli e si invochi un *information bill of rights*, che si parli di una “carta di diritti dell’informazione” che poi concretamente, almeno nel quadro e nello spazio dell’Unione Europea, comincia a tradursi in atti significativi e certamente alla fine di quest’anno si avrà una novità senza precedenti: la creazione di uno spazio giuridico europeo dove la tutela della *privacy* e tramite essa la tutela di libertà fondamentali dei cittadini avrà probabilmente il grado più intenso che si conosca al mondo»⁹⁹.

Risulta peraltro evidente che, «anche in assenza di norme che la riguardino esplicitamente, Internet deve fare i conti con un mondo profondamente giuridificato, all’interno del quale le situazioni nuovissime sfidano i criteri tradizionali di giudizio, ma incontrano pure regole da seguire, o nelle quali possono trovarsi impigliate». Al contempo, tuttavia, non è possibile liquidare la controversa questione della regolamentazione di Internet con la semplicistica affermazione che «tutto ciò che è illegale *off line* lo è anche *on line*» e viceversa, considerato che il ciber spazio pone una casistica non ipotizzabile al di fuori della Rete.

La tecnologia mette dunque alla prova il diritto, cui è legata da una relazione ontologica¹⁰⁰, ed il diritto deve mostrarsi strumento capace di “regolare” la società

⁹⁸ Cfr. per tutti, LEOTTA F., *Diritti della persona e nuove tecnologie informatiche*, in AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell’Internet*, a cura di CASSANO G., Milano, 2002, 169 ss. e quivi 170.

⁹⁹ RODOTÀ S., *Relazione introduttiva al Convegno “Internet e privacy – quali regole?”*, 8 maggio 1998, accessibile all’indirizzo <http://www.interlex.it/675/rodotint.htm>.

¹⁰⁰ Cfr. PASCUZZI G., *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, 2002, 12 ss.: «Se si osserva l’evoluzione del diritto in chiave diacronica è facile rendersi conto che svolte epocali si sono verificate ogniqualvolta l’uomo ha avuto accesso a nuove tecnologie. L’evoluzione del diritto coincide anche con l’evoluzione dei mezzi espressivi e delle tecnologie connesse a questi ultimi [...] Con il tempo assistiamo alla prima innovazione tecnologia la disponibilità del linguaggio articolato (tecnologia del pensiero). Il diritto

moderna, adattando paradigmi, riti e categorie alla continue evoluzioni ed ai molteplici e radicali mutamenti che la caratterizzano, anche in connessione all'avvento delle nuove tecnologie.

Con particolare riferimento al diritto penale, lo sviluppo del mondo virtuale pone al giurista questioni di rilevante interesse anche e soprattutto in relazione al profilo della repressione penale di fenomeni nuovi¹⁰¹.

In linea di principio, sono state elaborate due diverse tesi dottrinali sul tema.

Un diffuso orientamento ritiene che il legislatore debba adottare uno statuto penale *ad hoc* al fine di disciplinare i reati telematici (come avvenuto, ad esempio, con il D. Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 di attuazione della direttiva comunitaria n. 91/250 in tema di tutela dei programmi per elaboratore, o con la Legge 23 dicembre 1993, n. 547, che ha introdotto nel codice Rocco una costellazione di reati informatici)¹⁰². Altra parte della dottrina, invece, sottolinea come, nel dettare le nuove norme volte a disciplinare il fenomeno telematico, si sia trascurato di valutarne l'effettiva necessità, andando ad infrangere la linearità sistematica delle previsioni codicistiche, e propende pertanto per il ricorso – quando possibile – alle fattispecie penali esistenti¹⁰³.

In una prospettiva *de iure condendo*, pare condivisibile l'opinione secondo la quale sarebbe necessario trovare un punto di equilibrio tra le esigenze evidenziate dalle contrapposte opinioni dottrinali sopra riferite, nel senso di modificare le norme esistenti al fine di adeguarle – nel rispetto del principio di stretta legalità – alle peculiarità dei sistemi informatici e telematici, evitando al contempo una pericolosa proliferazione di

cambia ed evolve. Nelle società senza scrittura il patrimonio giuridico viene consegnato alle generazioni successive in forma orale. E questo comporta l'impossibilità di discorsi complicati, esclude l'astrazione e la generalizzazione, implica, piuttosto, l'uso di formule brevi e ripetitive. Passano i millenni e l'uomo ... inventa la scrittura (tecnologia della parola). Il diritto si evolve ulteriormente. Il testo (la regola) diviene fisso e può essere conservato inalterato. Nasce l'interpretazione».

¹⁰¹ In tema, CORRIAS LUCENTE G., *Diritto penale ed informatica: le nuove fattispecie di reato a confronto con l'evoluzione tecnologica e le nuove sfide della criminalità informatica*, in *Dir. inf.*, 2003, 49 ss.

¹⁰² Cfr. sul punto, MAZZA L., *Il penalista di fronte ad Internet; problematiche normative, ordinamentali ed interpretative*, in AA.VV., *Internet e legge penale*, a cura di AMMIRATI D., Torino, 2001, 193 ss.

¹⁰³ Cfr. sul punto, MAZZA L., *Il penalista di fronte ad Internet; problematiche normative, ordinamentali ed interpretative*, in AA.VV., *Internet e legge penale*, a cura di AMMIRATI D., Torino, 2001, 194. Cfr. inoltre, COSTANZO P., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, 26 giugno 1997, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/costanz3.htm>: nel ciberspazio «non v'è dubbio che non vi sia alcuna dimensione soggettiva ed oggettiva in posizione di alterità rispetto all'ordinamento dello Stato, e tantomeno alcun *ordo spiritualis* (o sarebbe il caso di dire: *virtualis*?) dal quale occorra ritrarsi, bensì ordinari *subditi legum* che pongono in essere comportamenti a vario titolo rilevanti per l'ordinamento (particolarmente quando si verta in tema di comportamenti delittuosi rispetto ai quali anche la più rigorosa *netiquette* non potrebbe che mostrare la corda.)». In tema di regolamentazione di Internet, cfr. inoltre AMBLARD P., *Régulation de l'Internet*, Bruxelles, 2004.

disposizioni dettate *ad hoc*, anche al fine di mitigare le conseguenze negative che certamente una penalizzazione stringente determinerebbe sullo sviluppo di Internet.

In merito, peraltro, autorevole dottrina ha precisato come sia opportuno procedere ad una più attenta selezione delle condotte meritevoli di pena, al fine di «contribuire a restituire allo stesso diritto penale quel ruolo di *ultima ratio*, che era andato smarrito, e ciò nella direzione, se non proprio di un diritto penale minimo, quantomeno notevolmente ridotto»¹⁰⁴.

Per quanto rileva ai fini di questo studio, si deve considerare che i problemi più delicati che si sono profilati riguardano la tutela dell'individuo e della collettività, ed in particolare gli utenti della Rete minori d'età dall'uso illecito delle nuove tecnologie.

3 I rischi di Internet: i *cybercrime* a sfondo sessuale contro i minori

Il connubio comunicazioni-tecnologia alimenta ed influenza la vita e la dimensione mentale, affettiva e sociale delle persone, ed in particolare quella dei soggetti in età evolutiva, che proprio dai *media* traggono rilevanti elementi per costruire la propria identità.

Le nuove tecnologie, insieme ai *media* tradizionali, rappresentano senza dubbio un'eccezionale occasione ed esperienza di formazione, informazione, svago e divertimento per i piccoli ed i giovani utenti della Rete. Tuttavia, non si può ignorare che l'uso illecito di tali tecnologie può rivelarsi estremamente pericoloso o persino dannoso per i minori¹⁰⁵.

Infatti, se la Rete e la realtà virtuale offrono anche ai navigatori minori d'età modalità nuove di comunicazione, interazione, integrazione, creatività e crescita personale e sociale, esse, al contempo, proprio in ragione delle loro caratteristiche peculiari (in particolare, facilità dell'anonimato, delocalizzazione e transnazionalità) e potenzialità rendono più agevole anche la commissione di alcuni tipi di reati che vedono i minori come vittime.

¹⁰⁴ MANNA A., *Il delitto di usura nella prospettiva comparatistica: diritto penale «interventista» versus diritto penale «neoliberista?»*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 2001, 889 ss. e quivi 912, nota 22.

¹⁰⁵ Si è osservato in dottrina che la Rete «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 *nickname*, nomi di fantasia che devono risultare accattivanti agli occhi dei piccoli utenti della Rete) (MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 211).

Peraltro, tali crimini contro i minori commessi per via telematica sono sempre più frequenti, coinvolgendo un numero crescente di bambini ed adolescenti. Sotto questo profilo, infatti, la Rete riproduce in sostanza il mondo reale, cosicché ciò che in essa esiste altro non è che la proiezione “virtuale” di ciò che avviene nella vita reale.

I reati di cui si tratta si manifestano come varianti di fattispecie criminose già presenti nella vita “reale” quali la pedofilia, la pornografia, l’incitamento al razzismo, le truffe, le frodi, la violazione dei diritti d’autore o della *privacy*, o, diversamente, rappresentano crimini tipici dell’ambiente informatico, come l’accesso illecito a sistemi di *computer*, il cyberterrorismo, il danneggiamento di dati informatici, il danneggiamento o il blocco di siti internet, la diffusione di *virus* informatici¹⁰⁶.

Tra gli impieghi criminosi della Rete, i fenomeni della pedofilia e della pedopornografia *on line*¹⁰⁷ sono certamente tra quelli più noti e che destano più orrore ed allarme sociale: anche in dottrina si è evidenziato come vi sia una «emersione della piaga, reale, dilagante, senza frontiere, e particolarmente grave, dello sfruttamento commercialistico della prostituzione e della pornografia minorile, nonché dei traffici di minori, in uno con quello dell’immigrazione clandestina»¹⁰⁸. I differenti “ambienti” in Internet, le applicazioni ed i servizi disponibili che consentono di trasferire nel ciberspazio *file* e comunicazioni di ogni tipologia, a carattere anche multimediale, si prestano purtroppo anche ad essere impiegati per commettere tali reati di sfruttamento sessuale dei bambini.

L’uso di Internet, in questi casi, può trasformarsi da preziosa risorsa in fonte di rischi estremamente rilevanti per gli utenti minori d’età, rischi variabili in relazione alle

¹⁰⁶ In tema, cfr. SARZANA DI S. IPPOLITO C., *Informatica, Internet e diritto penale*, Milano, 2003; SERRA C., STRANO M., *Nuove frontiere della criminalità. La criminalità informatica*, Milano, 1997.

¹⁰⁷ I collezionisti di materiale pedopornografico nella Rete sono stati ricondotti nell’ambito di quattro diverse categorie: i) *closet*: usano materiale pedopornografico che non condividono con nessuno e raramente mettono in atto molestie sessuali; ii) *isolated*: condividono il materiale pedopornografico con le loro vittime; iii) *cottage*: scambiano e condividono la propria collezione con altri collezionisti; iv) *commercial*: il loro principale interesse è trarre guadagno dal commercio di tale materiale (LANNING K.V., *Collectors*, in AA.VV., *Child Pornography and Sex Rings*, edito da BURGESS A.W., Massachusettes/Toronto, 1984, 83-109). Quanto alle ragioni che spingono a collezionare pornografia infantile, si ritiene che il materiale pornografico possa costituire per coloro che lo collezionano: un sostituto per non commettere atti sessuali illegali; un feticcio, in particolare quando appartenente o collegato in qualche modo alle proprie vittime, reali o immaginarie; uno strumento di persuasione delle proprie vittime del fatto che sia normale che adulti e bambini abbiano rapporti sessuali; un mezzo di ricatto verso le proprie vittime, nei confronti di genitori e parenti, per costringerli a mantenere il segreto sulla relazione; un mezzo per ottenere, attraverso lo scambio con altri collezionisti, il nominativo di un bambino già vittimizzato o di un’organizzazione che si occupi di procurarlo; un mezzo di guadagno (LANNING, K.V., BURGESS A.W., *Child Pornography and Sex Rings*, AA.VV., *Pornography: Research Advances & Policy Considerations*, edito da ZILLMANN D., BRYANT J., New Jersey-Hillsdale, 1989).

¹⁰⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale*, I, *I delitti contro la persona*, Padova, 2008, 414.

caratteristiche personali ed ai bisogni soggettivi ed intersoggettivi degli stessi, paradossalmente crescenti in misura proporzionale alla conoscenza e alla capacità di utilizzare le potenzialità offerte dal *medium*.

È vero, come si osserva da più parti, che «l'idea diffusa, supportata dalla stampa e dalla televisione, che Internet sia un luogo nel quale vengono commesse efferatezze di tutti i generi, ha portato una sorta di paura nei confronti di un mezzo che non si conosce a fondo e la tendenza, negli ultimi anni, è stata quella di reprimerlo, introducendo una sorta di censura, vista come unico mezzo in grado di impedire la commissione di crimini»¹⁰⁹. Ed è vero anche che ciò ha fatto sì che molti utenti che navigando in Rete si imbattono in materiale di contenuto illecito difficilmente provvedono spontaneamente a denunciare il fatto alle forze dell'ordine, preferendo semplicemente allontanarsi immediatamente dal sito incriminato cancellando ogni traccia dal proprio *computer* per paura di conseguenze penali o anche semplicemente di una improbabile (ma possibile) «gogna sociale»¹¹⁰. In particolare poi, con riferimento al tema della c.d. «pedofilia telematica», la lotta contro quei soggetti e quelle organizzazioni che traggono profitti illeciti dallo sfruttamento sessuale dei minori anche sulla Rete ha prodotto, come effetto indesiderato, una sorta di demonizzazione della Rete¹¹¹, anche se, in realtà, «non siamo di fronte ad un fenomeno nuovo, perché da sempre culture e subculture, in tempi e spazi diversi, hanno messo in atto comportamenti abusanti nei confronti dei minori. Demonizzato, ignorato e negato fino a circa quaranta anni fa, oggi il fenomeno è visto, divenendo oggetto di attenzione non solo da parte della letteratura scientifica ma anche dell'opinione pubblica. Attualmente il fenomeno è osservato e studiato in tutte le sue

¹⁰⁹ FRATTOLIN S., *La responsabilità dei providers per contenuti pornografici a danno di minori in rete*, in AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, a cura di CASSANO G., Milano, 2002, 1444.

¹¹⁰ POMANTE G., *Internet e criminalità*, Torino, 1999, 223: «La risonanza data al fenomeno dai mass-media, invece, sta ottenendo esattamente l'effetto contrario. Venuti a conoscenza dell'intrinseca trasparenza di Internet e dell'esistenza di alcuni reparti delle forze dell'ordine nazionali ed internazionali specializzati nella lotta alla criminalità informatica, molti dei frequentatori di *chat lines* e *newsgroups* dedicati all'argomento pedofilia sono svaniti nel nulla, ovvero utilizzano ora tecniche di dissimulazione sufficientemente avanzate da evitare di essere individuati. Il clamore e la pubblicità, insomma, non producono risultati apprezzabili nella lotta alla criminalità informatica di questo tipo. Al contrario, permettono ai delinquenti di adottare le contromisure necessarie ad evitare di incappare nelle maglie della giustizia».

¹¹¹ MONTI A., *Ma demonizzare Internet non serve. Ed è sbagliato*, 18 marzo 2002, accessibile all'indirizzo <http://www.ictlex.net/?p=369>.

sfaccettature, perché il problema, come altrove accennato, non si esaurisce in una sola definizione»¹¹².

Tuttavia, non si può nemmeno ignorare che, se la devianza della pedofilia è un male antico e conosciuto in ogni epoca storica, con l'avvento dell'«era telematica» sta conoscendo una pubblicizzazione ed una mercificazione senza precedenti, per l'enorme quantità di materiale erotico e pornografico in circolazione su Internet e per la creazione di una vera e propria «organizzazione sociale della pedofilia»¹¹³.

Peraltro, l'industria della pedofilia ha adottato e, in alcuni casi, inventato nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione finalizzate al *marketing*, alla vendita ed alla trasmissione di materiale pornografico ed opera ormai come una vera e propria organizzazione mafiosa sovranazionale¹¹⁴. Essa rappresenta a tutti gli effetti una forma di criminalità organizzata, che affonda le proprie radici e trae risorse e, al contempo, va ad innestarsi in altri fenomeni criminosi, quali l'immigrazione clandestina, la tratta di persone, il traffico di droga e il turismo sessuale, per citare i principali.

Ciò che caratterizza la pedofilia telematica è essenzialmente il connubio di due fattori: il fattore organizzativo (costituzione di una rete di scambio di informazioni, esperienze e materiale pedopornografico; diffusione dell'ideale pedofilo e creazione di associazioni di tipo pseudopolitico e pseudolibertario di pedofili; adescamento e sfruttamento sessuale dei minori anche tramite organizzazioni criminali; turismo sessuale; incremento della produzione amatoriale di pedopornografia e dell'immissione in circolazione di tali materiali) ed il fattore individuale (l'utente ha la possibilità di

¹¹² BONIFAZI A., MACRÌ C., *Pedofilia: aspetti clinici e psicosociali*, in AA.VV., *Proposte di criminologia applicata*, a cura di SERRA C., Milano, 2002, 268.

¹¹³ CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, 71.

¹¹⁴ POMANTE G., *Internet e criminalità*, Torino, 1999, 226: «Per comprendere appieno l'interesse che le organizzazioni criminali hanno cominciato a rivolgere all'informatica, è sufficiente riflettere sulla circostanza che, nel decennio 1982-1992, l'attività della criminalità organizzata ha subito un deciso spostamento dai settori tradizionali verso i nuovi settori dell'informatica e della telematica. La mafia, anch'essa terzariizzata, è divenuta una società di servizi finanziari che ha adeguato le proprie logiche a quelle economiche della società dell'informazione [...] la criminalità organizzata ha dunque assunto una nuova fisionomia, sovranazionale e informatizzata». Cfr. inoltre, STILO L., *Pedo-business: le origini di un fenomeno di criminalità transnazionale in costante espansione*, accessibile all'indirizzo <http://www.crimine.info/public/criminologia/articoli/pedo-business.htm>: «Lo sviluppo delle nuove tecnologie consente, infatti, di distribuire il materiale illecito con estrema facilità e con costi irrilevanti in rapporto al giro d'affari di un mercato che si presenta già ad un superficiale studio di settore estremamente redditizio. A quanto rilevato si aggiunge l'estrema facilità, sotto il profilo tecnico ed economico, con cui è possibile creare e gestire siti *web* dislocati in qualunque luogo della Terra e attraverso cui è possibile scambiare o semplicemente reperire, in modo anonimo, materiale pornografico realizzato sfruttando minori».

sperimentare con una certa facilità la propria perversione, anche nei casi in cui questa era fino a quel momento vissuta a livello intrapsichico, di mantenere l'anonimato e di usufruire di una certa riservatezza, di entrare a far parte di circuiti di pedofili e di acquisire ogni tipo di informazione o materiale attinente di suo interesse, nonché di sfruttare a diversi illeciti fini le potenzialità tecnologiche offerte da Internet, come, ad esempio, produrre pornografia virtuale al fine di sedurre e ridurre le inibizioni dei minori che sceglie come vittime).

Il *computer*, pertanto, in relazione a questo crimine, finisce per fungere da “prezioso” «mediatore dell'azione criminale»¹¹⁵.

Deve peraltro osservarsi che, oggi, i reati connessi allo sfruttamento sessuale dei minori sono realizzati nell'assoluta maggioranza dei casi da una pluralità di soggetti ovvero nell'ambito di vere e proprie associazioni criminose, ed anche con il coinvolgimento di enti (quali, ad esempio, i *provider* e gli altri operatori su Internet), circostanza che necessariamente porta a dover discutere di una responsabilità plurisoggettiva nella commissione dei suddetti reati¹¹⁶.

Quanto alle forme che lo sfruttamento sessuale dei minori assume sulla Rete, ne vengono individuate principalmente tre:

- i) accordi aventi ad oggetto lo scambio o la vendita di pornografia infantile;
- ii) accordi tra adulti che cercano di avere contatto diretto con i fanciulli e altri soggetti che intendano procacciare i servizi sessuali di un fanciullo;
- iii) iniziative di adulti che, cercando un contatto sessuale diretto con i minori, stabiliscono un contatto diretto con i minori attraverso le *chat rooms*, preliminare all'organizzazione di veri e propri incontri nella realtà non virtuale¹¹⁷.

Molto spesso i bambini avvicinati dai pedofili si trovano anche solo temporaneamente fuori dal controllo dei genitori o degli altri soggetti deputati a vigilare su di loro e non hanno la maturità sufficiente a consentire loro di percepire che si trovano in una

¹¹⁵ CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, 78-79; MARTUCCI P., *La pornografia minorile e i netcrimes. Pedofilia e sfruttamento sessuale dei minori come ultima frontiera della devianza informatica*, in BANDINI T., GUALCO B., *Infanzia e abuso sessuale*, Milano, 2000, 107 ss.

¹¹⁶ Sul tema, v. *infra*, sub Cap. IV.

¹¹⁷ Si noti che è accertato che i minori che vengono ritratti in pose o atti pornografici o esposti a materiale pornografico subiscono gravissimi traumi, le cui conseguenze possono essere drammatiche, come ad esempio ritiro emotivo, comportamento antisociale, variazioni dell'umore, depressione, paura e ansia, senso di colpa e vergogna, rischio di diventare a propria volta, divenuti adulti, soggetti abusanti (cfr. AA.VV., *Il bambino e la violenza sessuale. Atti del Convegno (Genova 9-10 dicembre 1996)*, Genova, 1997, 266 ss.).

situazione di pericolo, così da rendere agevole per il pedofilo “trasferire” nella realtà l’abuso iniziato su Internet.

Anche alla luce delle nuove forme di manifestazione dei crimini di sfruttamento sessuale dei minori, non si può che ribadire che essi rappresentano inaccettabili violazioni diritti fondamentali della persona, ed in particolare la libertà sessuale dei minori, e non invece – come originariamente venivano configurate – mere violazioni delle norme che tutelano il buon costume vietando la produzione, distribuzione e commercializzazione di material materiale osceno avente ad oggetto minori o nei confronti dei minori¹¹⁸: l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei bambini costituiscono una delle più drammatiche forme di lesione e negazione dei principali diritti dei bambini, poiché il bambino abusato e sfruttato sessualmente vede lesi i propri diritti alla libertà, alla sicurezza, all’istruzione, allo sviluppo e alla salute, e talvolta anche alla vita.

Basti pensare che, recentemente, la Suprema Corte si è pronunciata in merito alla configurabilità reato di associazione per delinquere in capo ad una comunità virtuale su Internet diretta allo scambio e alla divulgazione di materiale pedopornografico, statuendo che «In tema di associazione per delinquere finalizzata allo scambio di materiale pedopornografico, sussiste l’elemento oggettivo della fattispecie nel caso in cui sussista una “comunità virtuale in Internet”, stabile ed organizzata, regolata dalle disposizioni dettate dal promotore e gestore, volta allo scambio e alla divulgazione, tra gli attuali membri ed i futuri aderenti, di foto pedopornografiche di bambini di età minore (nella specie: inferiori ai dodici anni) e sussiste l’elemento soggettivo, nel fatto che tutti gli aderenti al *consortium sceleris* siano stati resi edotti dello scopo e delle finalità del gruppo, consistenti nello scambio virtuale di immagini pedopornografiche, condizione per l’ammissione alla comunità virtuale, unitamente all’impegno di inviare periodicamente altre foto pedopornografiche»¹¹⁹.

Considerato il numero sempre crescente di bambini che fanno regolare uso di Internet per i più diversi fini, dal gioco al reperimento di informazioni, a livello globale si è dato avvio ad una ricerca e “sperimentazione” dei diversi possibili strumenti di contrasto di questa forma particolarmente odiosa di *cybercrime*. Tra questi, si ricordano in particolare: la messa a disposizione degli utenti di un complesso di regole per una

¹¹⁸ BAFILE P., *Lo sfruttamento dei minori nella pornografia: lo stato delle cose e le azioni di contrasto*, in *Iustitia*, 1996, 70 ss. e quivi 73.

¹¹⁹ Cassazione penale, sez. III, 2 dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 1819.

navigazione sicura in Internet, le politiche di educazione e formazione-informazione dei genitori e dei minori in relazione all'uso di Internet, la promozione di una maggior attenzione e partecipazione dei genitori e degli educatori alla navigazione in Rete dei minori, la creazione dei c.d. “*cybercops*” (in Italia, la Polizia Postale e delle Comunicazioni), l'attribuzione di specifiche competenze di controllo sul rapporto minori-Internet alle autorità di garanzia delle comunicazioni, la creazione in alcuni Paesi (ad esempio, Stati Uniti, Germania, Gran Bretagna) di pubbliche liste dei pedofili¹²⁰, la creazione ed installazione di specifici strumenti tecnici di protezione (quali, ad esempio, i *software* di filtraggio) da utilizzarsi da parte di *provider*, scuole e famiglie.

Questo dunque il contesto in cui si inserisce il problema della protezione “giuridica” da approntarsi da parte degli ordinamenti a tutela dei minori che navigano in Rete. Gli strumenti giuridici sono naturalmente essenziali per l'attività di repressione, prevenzione e assistenza alle vittime dei delitti in commento, e l'intervento del legislatore e degli operatori del diritto al fine di individuare soluzioni idonee ed efficaci che tengano conto delle peculiari caratteristiche della Rete e della rapidissima evoluzione delle tecnologie informatiche e telematiche viene pertanto a rivestire un ruolo centrale anche nell'attività di contrasto della pedofilia telematica.

¹²⁰ In merito, per quanto concerne l'Italia, si noti che, in un comunicato del 23 agosto 2001 (accessibile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=46878>), il Garante per la protezione dei dati personali, con riferimento a recenti iniziative di pubblicazione di liste di soggetti responsabili di gravi atti di violenza in danno di minori, si è espresso nel senso che «la diffusione indiscriminata di dati in materia, non trova fondamento nel vigente ordinamento giuridico. Tali iniziative, a prescindere dalla loro effettiva efficacia sul piano delle prevenzione, e della circostanza che i dati possano essere desunti anche da fonti accessibili quali pronunce giudiziarie, sono suscettibili di valutazione critica e di contenzioso, potendo, a seconda dei casi, determinare danni anche agli stessi minori indirettamente identificabili, o comportare responsabilità per inesattezze dei dati, oppure per giudizi indifferenziati su situazioni in realtà difformi o per lesione del diritto all'oblio di tutte le persone interessate rispetto a fatti assai risalenti nel tempo».

CAPITOLO II

LA TUTELA DEI MINORI DALL'ABUSO E DALLO SFRUTTAMENTO

SESSUALE: LA NORMATIVA INTERNAZIONALE E COMUNITARIA

1 Premessa

La questione della tutela del minore come soggetto dotato di una limitata maturità fisica ed intellettuale e giuridicamente incapace è stata affrontata, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici esistenti in età moderna, nel periodo dell'industrializzazione, in quanto strettamente connessa al problema dello sfruttamento dei bambini nel mondo del lavoro¹²¹.

Successivamente, l'idea del minore come soggetto più vulnerabile ed appartenente ad una categoria meritevole di una specifica tutela ha subito nel tempo una progressiva evoluzione sulla scia dei mutamenti socio-culturali che hanno caratterizzato le diverse epoche storiche, costantemente nel senso del riconoscimento della necessità di accordare ai bambini una sempre maggiore protezione, anche a carattere sovranazionale. Per quanto concerne la tutela del minore contro lo sfruttamento sessuale, questa rappresenta un'importante conquista della civiltà moderna, che si è impegnata a contrastare tale fenomeno a livello globale al fine di evitare che, proprio in ragione della loro inadeguata maturità, i minori abbiano a subire pregiudizi irreparabili alla loro sfera sessuale e in generale al loro sviluppo e vita di relazione a causa di tali crimini. Lo sfruttamento sessuale dei minori, infatti, costituisce una forma di abuso aberrante ed una gravissima violazione del diritto fondamentale dei bambini ad una crescita protetta, ad un'educazione adeguata e coerente e ad uno sviluppo personale armonico e sereno.

Negli anni, il minore, da oggetto dei diritti dei genitori, è stato riconosciuto come effettivo titolare di propri diritti e interessi, e la peculiare tutela che si è voluta approntare in suo favore è andata via via rafforzandosi all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali anche grazie al rilevante contributo offerto dai principi fondamentali sanciti in materia dagli accordi internazionali.

¹²¹ SAULLE M.R., *Lezioni di organizzazione internazionale*, Napoli, 1993, 109.

L'avvento di Internet e la sua diffusione globale hanno peraltro reso sempre più urgente individuare strumenti giuridici atti a tutelare i diritti dei minori connessi all'uso delle tecnologie informatiche e telematiche, ovvero, da un lato, il loro diritto di fruire delle informazioni presenti su Internet, vedendosi riconosciuto pienamente il diritto ad una armonica crescita psico-fisica, e, dall'altro, il loro diritto ad essere tutelati rispetto ad un utilizzo illecito e ai contenuti nocivi trasmessi mediante la Rete.

Si è pertanto posto il delicato problema di individuare un punto di equilibrio ed un contemperamento tra la necessità di garantire la piena possibilità di esercizio della libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero sancite a livello costituzionale anche su Internet in un quadro di certezza giuridica per operatori ed utenti, e quella di assicurare, al contempo, un'effettiva tutela di altri beni ed interessi, tra i quali, in particolare, per quanto attiene al nostro tema d'indagine, quella di soddisfare la specifica esigenza di protezione dei minori, in quanto tali ritenuti meritevoli di una tutela rafforzata, da ogni forma di sfruttamento sessuale, anche per via telematica.

2 I diritti dei “fanciulli” nell’ordinamento internazionale. In particolare, il diritto sessuale dei minori come diritto umano

2.1 Dalla Dichiarazione di Ginevra del 1924 al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966: le prime iniziative internazionali a tutela dell’infanzia

Il primo documento internazionale dedicato specificamente ai “fanciulli”¹²² risale al 1924: si tratta della Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dalla Quinta Assemblea Generale della Lega delle Nazioni a Ginevra¹²³ e considerata un documento

¹²² Nei documenti internazionali, il termine “*child*” sta ad indicare la persona di età inferiore agli anni diciotto, e pertanto indifferentemente sia i bambini o fanciulli sia i giovani minorenni (HELPER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile, Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 6). Come si vedrà nel prosieguo, la prima definizione di bambino è contenuta nell’art. 1 della Convenzione internazionale sui diritti dell’infanzia del 1989. Ulteriore norma di riferimento è l’art. 1, comma 1, lettera a), della Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell’Unione Europea del 22 dicembre 2003. Per un’approfondita analisi della definizione di minore nel diritto internazionale, cfr. VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, Dodrecht Boston London, 1995, 8 ss.

¹²³ Si riporta di seguito il testo integrale della Dichiarazione (accessibile all’indirizzo <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>): «*By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as “Declaration of Geneva”, men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child*

fondamentale per lo sviluppo della posizione internazionale del minore, in quanto contenente i principi cardine della materia, poi ripresi dai successivi atti ed in particolare nel Preambolo della Convenzione del 1989¹²⁴.

Con la Dichiarazione del 1924 si ha una prima ed embrionale tipizzazione dei diritti dei minori ed il riconoscimento dei bambini come soggetti giuridici titolari di diritti e bisognosi di specifiche e peculiari cure e forme di tutela; tuttavia, con essa, tale tutela è attuata soltanto imponendo agli adulti determinati obblighi nei confronti dei bambini¹²⁵.

Il contenuto della Dichiarazione è assai scarno, in quanto essa si compone di soli cinque principi fondamentali, rivolti ad assicurare le migliori condizioni per uno sviluppo fisico, psichico e mentale equilibrato dei bambini.

Per quanto attiene al tema d'indagine di questo studio, viene in rilievo in particolare il IV Principio, che sancisce espressamente l'obbligo di proteggere i bambini contro «ogni forma di sfruttamento».

Il 10 dicembre 1948 viene firmata a Parigi la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo promossa dalle Nazioni Unite¹²⁶, che introduce il principio di uguaglianza e di non discriminazione (art. 2), in forza dei quali a ciascuna persona è riconosciuta la qualità di soggetto giuridico capace di godere di tutti i diritti e di tutte le libertà

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 child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually;

II. The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succored;

III. The child must be the first to receive relief in times of distress;

IV. The child must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation;

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

¹²⁴ BATTAGLIA M.R., *Protezione del fanciullo*, in VITTA E., GREMENTIERI V., *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, 669. Da un punto di vista storico, i primi riferimenti al “fanciullo” si possono individuare nella Convenzione per la tutela dei minori del 1902 e nella Convenzione n. 5 promossa dall'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) del 1919, che ha fissato l'età minima di ammissione al lavoro industriale. Ulteriori riferimenti sono presenti nella Parte I (Statuto della Società delle Nazioni) e nella Parte XIII (Statuto costitutivo dell'OIL) del Trattato di Versailles del 28 giugno 1919 (c.d. “Patto della Società delle Nazioni”). In particolare, all'art. 23 del Patto della Società delle Nazioni si legge «[...] *les membres de la Société: a) s'efforceront d'assumer et de maintenir des conditions de travail, équitables et humaines pour l'homme, la femme et l'enfant sur leur propres territoires...b) chargent la Société du contre le général des accords relatifs à la traite des femmes et des enfants*».

¹²⁵ GOLDONI, D., *La tutela del minore nei delitti contro la libertà individuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 81 ss. e quivi 82.

¹²⁶ Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 con Risoluzione 217 A (III) (accessibile all'indirizzo <http://www.un.org/en/documents/udhr/>).

enunciate nella Dichiarazione medesima, senza distinzione di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di ogni altra opinione, origine nazionale o sociale, condizioni economiche, nascita o di ogni altra condizione.

Di particolare importanza in relazione alla tematica della tutela dei minori risulta essere il comma 2 dell'art. 25, che afferma la necessità di concedere una protezione speciale alla maternità e all'infanzia, gettando le basi per un diritto "speciale" per i bambini in quanto portatori di esigenze proprie e peculiari, diverse da quelle degli adulti.

In linea generale, la maggior parte dei principi enunciati nella Dichiarazione universale è riferibile anche ai bambini, o direttamente, in quanto esseri umani, oppure indirettamente, in relazione a quelle norme che toccano gli ambiti in cui essi crescono¹²⁷. Tuttavia, tale generica riferibilità è sembrata immediatamente inidonea ad assicurare ai bambini la necessaria specifica protezione che il loro peculiare *status* impone. Ed il convincimento che i diritti riconosciuti nelle convenzioni generali sui diritti umani non fossero sufficienti a salvaguardare la pari dignità di tutti gli individui e quindi anche dei fanciulli¹²⁸ ha trovato conferma in talune delle norme internazionali adottate successivamente (*in primis* la specifica Convenzione del 1989¹²⁹) dedicate espressamente all'infanzia.

Se è vero che progressivamente si è pervenuti al riconoscimento del bambino come individuo, soggetto di diritti, con una propria personalità, emotività, dignità, e sessualità, meritevole come tale di tutela rafforzata, tuttavia il percorso verso il raggiungimento di questo traguardo – che può essere rintracciato nei vari documenti internazionali promossi a sua tutela – non ha registrato risultati di rilievo fino al secondo dopoguerra, quando infine gli Stati sono giunti a prevedere sul piano internazionale forme di tutela più stringenti attraverso strumenti legislativi concernenti

¹²⁷ BATTAGLIA M.R., *Protezione del fanciullo*, in VITTA E., GREMENTIERI V., *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, 672; POCAR F., *Verso lo statuto del minore*, in *I diritti dell'uomo*, 1994, 40-41.

¹²⁸ VAN BUEREN G., *International Documents on Children*, Dordrecht, 1993, 60: «*The development of the international laws focusing on children reflects the evolution in the concept of childhood which has occurred since the beginning of the twentieth century*».

¹²⁹ Come si vedrà nel prosieguo, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo dedica ampio spazio e specifici articoli alla questione della tutela del minore nei confronti di qualsiasi forma di sfruttamento ed abuso (art. 19): da quello sessuale (art. 34) a quello sul lavoro (art. 32); garantisce inoltre la tutela in caso di conflitto (art. 38) e il benessere fisico e psicologico (art. 3, 6, 18, 24, 27, 28, 29) come forma primaria di prevenzione del disagio. Le idee guida che attraversano la Convenzione hanno disegnato non solo un quadro complessivo di tutela dei diritti primari, ma anche posto le premesse per la promozione di un globale innalzamento della qualità della vita dei bambini, nelle situazioni più estreme, ma anche nelle manifestazioni culturali e spirituali.

espressamente i fanciulli. Fino alla seconda guerra mondiale, infatti, l'approccio alla problematica della tutela dei diritti dei fanciulli era rimasto improntato a prevedere statuizioni dirette a soddisfare i fondamentali bisogni economici, sociali e psicologici dei bambini, ed in termini non strettamente giuridici.

La situazione comincia a mutare con l'adozione della Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 26 giugno 1945), che, pur riferendosi ancora in modo indeterminato ai diritti dell'uomo senza considerazioni specifiche sui bambini, enuncia tra i fini fondamentali dell'organizzazione, fin dal suo sorgere, quello della promozione del rispetto dei diritti umani (si legge, nel Preambolo, che i Popoli delle Nazioni Unite si dichiarano decisi «*to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women [...] to promote social progress and better standards of life in larger freedoms*») ¹³⁰.

Successivamente, nel 1950, le Nazioni Unite adottano la Convenzione per la soppressione del traffico di persone e dello sfruttamento della prostituzione altrui ¹³¹.

Tale Convenzione afferma, nel Preambolo, che la prostituzione e la tratta a fini di prostituzione sono “*incompatible with the dignity and worth of the human person and endanger the welfare of the individual, the family and the community*”, e sancisce altresì l'obbligo di punire «*any person who, to gratify the passion for another: (1) procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person; (2) exploits the prostitution of another person. Even with the consent of that person*».

Inoltre, gli artt. 16 e 17 della Convenzione medesima impegnano gli Stati ad individuare le procedure che possono arginare il fenomeno del traffico internazionale delle persone e specialmente di donne e bambini, ai fini della prostituzione. Essa riconosce inoltre che, nella maggior parte dei casi, lo sfruttamento presuppone la violazione di altri diritti internazionalmente garantiti ai bambini (soprattutto in ordine all'educazione ed alle condizioni di vita) e conseguentemente sostiene la necessità che la prevenzione si attui anche attraverso la vigilanza sul rispetto di tali altri diritti ¹³².

¹³⁰ Accessibile all'indirizzo <http://www.un.org/en/documents/charter>.

¹³¹ Accessibile all'indirizzo <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38e23.html>.

¹³² CAMPIGLIO C., *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 543 ss. e quivi 551.

Il 1957 è invece l'anno dell'approvazione della Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) n. 105 del 1957 sulla soppressione del lavoro forzato¹³³, che apre una nuova prospettiva in relazione alla tematica in esame: la prostituzione, infatti, viene ad essere considerata sia come forma di lavoro forzato sia come forma di schiavitù.

Del resto, non vi è dubbio che lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali configuri una delle forme più gravi di coercizione e di violenza sull'infanzia; peraltro, esso, diversamente dall'abuso (ovvero dall'uso dei bambini per soddisfare i bisogni sessuali di altri a danno dei bisogni fisici e psicologici dei bambini medesimi), rappresenta una vera e propria forma di (turpe) commercio, che vede i bambini venduti o scambiati per scopi sessuali, avviati e costretti alla prostituzione o utilizzati per la produzione di materiale pedopornografico¹³⁴.

I principi della Dichiarazione di Ginevra del 1924, ed in particolare anche l'obbligo di cui al Principio IV, sono successivamente ripresi dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 (nota anche come "Carta dei diritti del fanciullo")¹³⁵ con l'obiettivo di renderli maggiormente vincolanti attraverso il riconoscimento in termini di principi generali dell'esistenza di alcuni fondamentali diritti imprescindibili dei minori.

La Dichiarazione del 1959 ribadisce che ogni fanciullo è titolare dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo enunciati nella Carta delle Nazioni Unite e nella Dichiarazione universale, senza distinzione alcuna, e rinosce inoltre che «*the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth*» (Preambolo, par. 3), prevedendo che debba garantito a tutti i bambini uno sviluppo armonioso della loro personalità, anche dal punto di vista emozionale, e delle loro capacità.

¹³³ Accessibile all'indirizzo http://www.ilocarib.org.tt/projects/cariblex/conventions_11.shtml.

¹³⁴ In quest'ottica, sulla base proprio della Convenzione del 1957, nel 1967 il Comitato dei diritti umani ha chiesto alla Sottocommissione sulle minoranze di esaminare la questione della schiavitù in tutte le sue forme (CAMPIGLIO C., *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 543 ss. e quivi 549 e 553-554).

¹³⁵ Proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, con Risoluzione 1386 (XIV). Accessibile all'indirizzo <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>, e nella traduzione italiana all'indirizzo <http://www.onuitalia.it/diritti/fanciullo.html>.

La Dichiarazione del 1959, tuttavia, non contiene alcuna definizione di “fanciullo” e rimane ancorata alla concezione del minore come meritevole di particolari attenzioni e cure per la sua incapacità ad autodeterminarsi¹³⁶.

Ciononostante, essa ha ampliato notevolmente il campo dei diritti dei bambini, sancendo dieci principi fondamentali: la non discriminazione nel godimento dei diritti enunciati; il diritto allo sviluppo integrale della persona secondo il criterio dell’interesse superiore del fanciullo; il diritto, sin dalla nascita, alla cittadinanza ed al nome; il diritto alla sicurezza sociale, all’alimentazione, ad un alloggio, alle necessarie cure mediche; la possibilità per il fanciullo minorato di ricevere l’aiuto di cui ha bisogno; il diritto di crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in un’atmosfera d’affetto e di sicurezza materiale e morale, avendo presente che il bambino, per lo sviluppo completo ed armonioso della sua personalità, ha bisogno di amore e di comprensione; il diritto del bambino all’educazione; e, inoltre, per la prima volta, il diritto al gioco, il diritto alla protezione e al soccorso contro ogni forma di crudeltà e sfruttamento, specialmente nel settore del lavoro, il diritto ad essere salvaguardato dalle pratiche discriminatorie, per qualsiasi motivo, e ad essere educato in uno spirito di pace e di fratellanza universale¹³⁷.

Viene in rilievo in particolare il Principio IX, che riprende e rielabora il principio IV della Dichiarazione del 1924 in relazione alla protezione dei bambini da ogni forma di sfruttamento: esso prevede che *«The child shall be protected against all forms of neglect, cruelty and exploitation. He shall not be the subject of traffic, in any form. The child shall not be admitted to employment before an appropriate minimum age; he shall in no case be caused or permitted to engage in any occupation or employment which would prejudice his health or education, or interfere with his physical, mental or moral development.»*

Per avere strumenti internazionali direttamente vincolanti nel campo dei diritti umani fondamentali bisogna attendere il Patto internazionale sui diritti civili e politici (e

¹³⁶ PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto di autodeterminazione*, Padova, 2000, *passim*.

¹³⁷ La Dichiarazione del 1959 non fa alcun cenno al diritto d’opinione (che sarà previsto solo dall’art. 12 della Convenzione del 1989), poiché, pur ritenendosi che i bambini debbano essere protetti e curati, e poter usufruire di adeguati spazi in cui sviluppare la propria creatività, è ancora forte l’idea che l’immaturità che li caratterizza non consenta loro di avere ed esprimere una vera e propria opinione e di compiere scelte autonome (cfr. FREEMAN M.A., *Children’s Rights a comparative Perspective*, Dartmouth, 1996, 2-3).

relativo Protocollo facoltativo) ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, adottati dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966¹³⁸, che vengono a costituire l'ideale fondamento di molte delle norme della Convenzione del 1989.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici viene infatti richiamato nel Preambolo della Convenzione del 1989, con riferimento espresso agli artt. 23 e 24, disposizioni che prevedono rispettivamente la tutela della famiglia come nucleo naturale e fondamentale della società ed il diritto del fanciullo ad una protezione speciale, al diritto alla cittadinanza e al nome, già enunciati rispettivamente dagli artt. 25 e 15 della Dichiarazione universale e dal Principio III della Dichiarazione del 1959.

La Convenzione del 1989 (art. 32), si rifà in particolare anche all'art. 10 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che prevede, al par. 3, che «Speciali misure di protezione e di assistenza devono essere prese in favore di tutti i fanciulli e gli adolescenti senza discriminazione alcuna per ragione di filiazione o per altre ragioni. I fanciulli e gli adolescenti devono essere protetti contro lo sfruttamento economico e sociale. Il loro impiego in lavori pregiudizievoli per la loro moralità o per la loro salute, pericolosi per la loro vita, o tali da nuocere al loro normale sviluppo, deve essere punito dalla legge. Gli Stati devono altresì fissare limiti di età al di sotto dei quali il lavoro salariato di manodopera infantile sarà vietato e punito dalla legge»¹³⁹.

¹³⁸ I due Patti, accessibili agli indirizzi http://www.centrodirittiumani.unipd.it/a_strumenti/scheda.asp?id=15&menu=strumenti e http://www.centrodirittiumani.unipd.it/a_strumenti/testoit/21002it.asp?stampa=yes, sono entrati in vigore nel diritto internazionale il 23 marzo 1976. In Italia sono stati resi esecutivi in Italia con Legge 25 ottobre 1977, n. 881 (G.U. 7 dicembre 1977, n. 333) ed entrati in vigore il 15 dicembre 1978. Cfr. in tema, ZANOBETTI PAGNETTI A., *Bilancio e prospettive della protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 586 ss.

¹³⁹ La Convenzione richiama inoltre altri due atti internazionali non oggetto di accordi vincolanti gli Stati: si tratta della Dichiarazione sulla protezione delle donne e dei fanciulli nelle situazioni di emergenza e di conflitto armato (proclamata dall'Assemblea generale dell'ONU il 14 dicembre 1974, con la risoluzione 3318 (XXIX) e con cui era stata espressa preoccupazione per le sofferenze delle donne e dei fanciulli appartenenti alla popolazione civile, che, nelle situazioni di conflitto armato, nella lotta per la pace, l'autodeterminazione, la liberazione nazionale e l'indipendenza, sono troppo sovente vittime d'atti inumani e di gravi pregiudizi; viene, quindi, affermata la necessità di fornire loro, in simili casi, una protezione speciale in modo che non siano privati dell'alloggio, del cibo, dell'assistenza medica e dei diritti inalienabili) e dall'Insieme delle regole minime delle Nazioni Unite concernenti l'amministrazione della giustizia per i minori (cc.dd. "regole di Bering", adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985 con risoluzione 40/3, una raccolta di principi che si limita ad indicare i criteri di tecnica legislativa ai quali dovrebbe ispirarsi il legislatore al fine di creare un'uniformità di regolamentazione della materia da parte dei vari ordinamenti giuridici).

2.2 La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989: la prima proclamazione dei diritti dei bambini

Il 20 novembre 1989 i rappresentanti degli Stati riuniti a New York nell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvano all'unanimità, con la risoluzione 44/25¹⁴⁰, il testo della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia.

La Convenzione del 1989 contiene una vera e propria proclamazione dei diritti dei bambini, anche dal punto di vista della protezione delle vittime di abuso sessuale.

Si tratta di un atto di portata storica: per la prima volta, infatti, i diritti dei bambini sono fatti rientrare a pieno titolo nell'ordinamento giuridico internazionale, e si riconosce l'esistenza in capo ai soggetti in formazione un ampio ventaglio di bisogni-diritti che devono trovare appagamento non solo attraverso disposizioni legislative o interventi giudiziari di protezione bensì anche attraverso un preciso impegno politico, sociale e culturale mirante alla concreta valorizzazione delle nuove generazioni e alla costruzione di compiute identità. In merito, la Convenzione individua diversi livelli di responsabilità; dalla famiglia, ai genitori, allo Stato ed anche alla comunità internazionale nel suo complesso, soggetti ora chiamati a rispettare, tutelare e promuovere i diritti dei bambini¹⁴¹.

È sempre la prima volta che nell'ordinamento internazionale compare una definizione di "fanciullo": ai sensi dell'art. 1 della Convenzione si intende come tale «ogni essere umano avente età inferiore a 18 anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile»¹⁴².

Ancora, sempre per la prima volta, la Convenzione sancisce il principio generale dell'interesse superiore del fanciullo¹⁴³, riconosce espressamente il diritto di ogni

¹⁴⁰ Accessibile all'indirizzo <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/51>. Ratificata e resa esecutiva dall'Italia con Legge n. 176 del 27 maggio 1991 (G.U. n. 135, suppl. ord. dell'11 giugno 1991), è entrata in vigore il 5 ottobre 1991.

¹⁴¹ AA.VV., *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, a cura di BERGHÈ LORETI A., Padova, 1995, 5 ss.

¹⁴² Con riferimento all'accezione del termine "child" nel testo originale inglese della Convenzione, cfr. ALSTON P., *The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child*, 91/2, in *United Nations Bulletin of Human Rights: the Rights of the Child*, 1992, 1 ss.; BALTON D., *The UN Convention on the Rights of the Child: Prospect for International Enforcement*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990, 125.

¹⁴³ Art. 3, Convenzione Internazionale dei diritti dell'infanzia:
«1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

bambino a partecipare ad ogni azione che lo riguardi (art. 12)¹⁴⁴ e fa espresso riferimento alla necessità di compiere ogni atto volto all'attuazione della prevenzione e degli interventi psicosociali per il recupero dei minori vittime di violenza sessuale¹⁴⁵.

Attraverso l'adozione dello strumento pattizio in esame, la comunità internazionale testimonia senza dubbio la mutata concezione dei minori che evolve verso il riconoscimento a quest'ultimi di uno specifico *status* giuridico e della titolarità di autonomi diritti.

Per quanto concerne la struttura della Convenzione, essa si compone di un Preambolo, che conferma – nel senso della continuità con i documenti internazionali precedenti in materia – che «l'infanzia ha diritto a un aiuto e a un'assistenza particolari», e di 54 articoli, suddivisi in due Parti, di cui la prima (artt. 1-41) enuncia i diritti spettanti ai bambini, mentre la seconda (artt. 42-54) indica le modalità e gli strumenti necessari per l'effettiva esecuzione della Convenzione.

Nel complesso delle disposizioni della Convenzione del 1989 si dice siano ravvisabili quattro diverse sfere di azione: “*Participation*” del minore all'assunzione delle decisioni che lo riguardano; “*Protection*” del minore da ogni forma di discriminazione, di

2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati.

3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo».

¹⁴⁴ Art. 12, Convenzione internazionale dei diritti dell'infanzia:

«1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.

2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

In tal senso si pronuncia anche l'art. 3 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti da parte dei minori del 1996, che sancisce il diritto di ogni bambino di essere informato e di esprimere la propria opinione.

¹⁴⁵ In precedenza, infatti, la promozione di azioni a tutela del minore abusato poteva essere desunta solo in via indiretta da atti internazionali concernenti soggetti adulti vittime di queste violenze, quali, ad esempio, la Convenzione n. 29 sul lavoro forzato (1930), la Convenzione per la soppressione del traffico, sfruttamento e prostituzione delle persone (1949), la Convenzione europea sui diritti umani e sulle libertà fondamentali (1950), la Convenzione relativa allo stato dei rifugiati (1951), la Convenzione supplementare per l'abolizione della schiavitù, della tratta delle schiave e delle istituzioni e pratiche similari alla schiavitù (1956), la Convenzione n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato (1957), il Protocollo I relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati nazionali successivo alla Convenzione del 1949 (CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, 132 ss.).

abbandono e sfruttamento; “*Prevention*” di danni al minore; “*Provision*”¹⁴⁶ per i minori a rischio, al fine di garantire loro tutte le cure necessarie¹⁴⁷.

I principi fondamentali e generali enunciati, in sintesi, sono i seguenti: gli Stati devono assicurare ad ogni fanciullo il pieno rispetto dei suoi diritti, senza discriminazione; il bene del fanciullo deve essere tenuto in primaria considerazione in tutte le azioni che lo riguardano, siano esse prese da istituzioni pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative o corpi legislativi; ogni fanciullo ha diritto alla vita e gli Stati hanno il dovere di garantirne la sopravvivenza e lo sviluppo; il fanciullo ha il diritto di essere ascoltato.

Con specifico riferimento al tema di questo studio, la Convenzione, nell’ambito della definizione e promozione dei diritti del minore a salvaguardia della sua integrità fisica, tratta espressamente della tutela del minore abusato sessualmente, stabilendo – con la norma programmatica di cui all’art. 19 – che gli Stati sono tenuti ad adottare ogni misura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa necessaria ad assicurare al fanciullo la tutela contro ogni forma di violenza, oltraggio, brutalità fisiche o mentali, abbandono o di negligenza, maltrattamenti o sfruttamento, inclusa la violenza sessuale, per tutto il tempo in cui è affidato all’uno o all’altro, o a entrambi i genitori, al suo tutore legale o ad ogni altra persona che abbia il suo affidamento¹⁴⁸.

L’art. 19 – nella sua formulazione volutamente generica e vagamente indefinita – è stato introdotto nel tentativo di consentire l’applicazione della Convenzione a qualsiasi tipo di sfruttamento, anche atipico, persino in forme non ancora prevedibili al momento

¹⁴⁶ Nel contesto della Convenzione, “*Provision*” significa messa a disposizione di risorse.

¹⁴⁷ È nella conciliazione di queste sfere, anzi più precisamente nella conciliazione della *Protection* con la *Participation*, che si rinviene uno dei principali problemi di applicazione della Convenzione. Si riscontrava, infatti, una diffusa resistenza (da parte, soprattutto, della cultura giuridica), di fronte a specifiche situazioni familiari che vedono coinvolto il minore, ad uscire da un’ottica sostanzialmente paternalistica, per porsi invece in quella che lo vede realmente quale titolare di autonomi diritti soggettivi.

¹⁴⁸ Art. 19, Convenzione internazionale dei diritti dell’infanzia:

««1. Gli Stati parti adottano ogni misura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per tutelare il fanciullo contro ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale, per tutto il tempo in cui è affidato all’uno o all’altro, o a entrambi, i genitori, al suo tutore legale (o tutori legali), oppure a ogni altra persona che abbia il suo affidamento.

2. Le suddette misure di protezione comporteranno, in caso di necessità, procedure efficaci per la creazione di programmi sociali finalizzati a fornire l’appoggio necessario al fanciullo e a coloro ai quali egli è affidato, nonché per altre forme di prevenzione, e ai fini dell’individuazione, del rapporto, dell’arbitrato, dell’inchiesta, della trattazione e dei seguiti da dare ai casi di maltrattamento del fanciullo di cui sopra; esse dovranno altresì includere, se necessario, procedure di intervento giudiziario».

dell'adozione della Convenzione medesima¹⁴⁹. Si noti che tale norma è risultata essere una delle poche approvate senza riserve da tutti gli Stati.

L'art. 34 prevede poi espressamente che gli Stati sono tenuti a «proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale», adottando a tal fine ogni «adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire:

- a) che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi a una attività sessuale illegale;
- b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali;
- c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico»¹⁵⁰.

Ed il successivo art. 35 sancisce l'ulteriore impegno ad adottare «ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma».

Alla luce di tali disposizioni, emerge come, con lo strumento in commento la comunità internazionale abbia infine riconosciuto esplicitamente che l'intero sviluppo della sessualità è essenziale per il benessere individuale, interpersonale e sociale dei bambini e che, affinché esso si realizzi appieno, è necessario riconoscere, promuovere, rispettare e difendere i diritti sessuali dei fanciulli come diritti umani universali, basati sulla libertà, sulla dignità e sull'uguaglianza propri di ogni essere umano¹⁵¹.

¹⁴⁹ CAMPIGLIO C., *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 543-546.

¹⁵⁰ L'art. 32 della Convenzione, invece, sancisce l'obbligo per gli Stati di prevenire ogni forma di sfruttamento economico.

¹⁵¹ Dalla lettura, in particolare, della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 e della Dichiarazione e del Programma d'Azione adottati a Pechino nel settembre 1995 in occasione della IV Conferenza Mondiale delle Donne, si può desumere che sono stati riconosciuti – sommariamente – i seguenti diritti sessuali fondamentali: a) la libertà sessuale, che comprende la possibilità della piena espressione del potenziale sessuale degli individui ed esclude tutte le forme di coercizione, sfruttamento ed abuso sessuale in qualsiasi momento e situazione della vita; b) il diritto all'autonomia, all'integrità e alla sicurezza sessuale del corpo, che include la facoltà di prendere decisioni autonome circa la propria vita sessuale all'interno della morale personale e sociale e comprende anche la capacità di controllo e di piacere del corpo, liberi da torture, mutilazioni e violenza di qualsiasi tipo; c) il diritto alla *privacy* sessuale, che comprende il diritto a decisioni e comportamenti individuali nell'ambito della propria intimità nei limiti in cui questi non interferiscano nei diritti sessuali degli altri; d) il diritto all'uguaglianza sessuale, che sancisce il divieto di discriminazione basata su sesso ed orientamento sessuale; e) il diritto al piacere sessuale, fonte di benessere fisico, psicologico, intellettuale e spirituale e il diritto all'espressione delle emozioni sessuali, per cui, oltre al piacere erotico o all'atto sessuale, tutti gli individui hanno diritto ad esprimere la loro sessualità attraverso la comunicazione, il contatto, le espressioni emozionali e l'amore; f) il diritto alle libere associazioni sessuali, che si riferisce alla possibilità di costituire associazioni fra persone aventi le stesse tendenze sessuali; g) il diritto di rendere responsabili le scelte riproduttive, legato soprattutto al diritto della donna di accedere liberamente ai metodi di regolazione

In relazione al rapporto tra minori e Internet, viene in rilievo la previsione di cui all'art. 13 della Convenzione del 1989, che sancisce il diritto del fanciullo alla libertà di espressione, da intendere come il «diritto di ricercare, di ricevere e di divulgare informazioni ed idee di ogni specie [...] sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo», e pertanto anche per via telematica.

Inoltre, il successivo art. 17, a testimonianza del «carattere “fondamentale” ed “espansivo” del principio dell’interesse del fanciullo nelle più diverse discipline», nonché della particolare importanza riconosciuta ai *mass media*, impone agli Stati membri di «vigilare affinché il fanciullo possa accedere ad una informazione ed a materiali provenienti da diverse fonti nazionali ed internazionali, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale». Al fine di realizzare tale obiettivo, la Convenzione prevede, tra l'altro, che gli Stati membri «favoriscono l’elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere il fanciullo dalle informazioni e dai materiali che nuociono al suo benessere in considerazione delle disposizioni degli articoli 13 e 18», disposizioni che sanciscono rispettivamente la libertà di espressione dei minori e il diritto/dovere dei genitori (o dei tutori legali) di educare e provvedere allo sviluppo dei figli nell’interesse preminente di quest’ultimi¹⁵².

L’art. 43 della Convenzione di New York, infine, ha istituito il Comitato dei diritti del fanciullo, cui gli Stati parti si impegnano a sottoporre, tramite il Segretario Generale delle Nazioni Unite, rapporti sui provvedimenti adottati per dare effetto ai diritti riconosciuti nella Convenzione e sui progressi realizzati per il godimento di tali diritti, entro due anni a decorrere dalla data di entrata in vigore della Convenzione per lo Stato interessato, e successivamente con periodicità quinquennale.

Già con l’adozione della Convenzione sui diritti dell’infanzia, si nota un’importante evoluzione della concezione della tutela del minore, frutto del progressivo riconoscimento ai bambini, anche in ragione della loro mancanza di maturità fisico-intellettuale, del diritto a ricevere una protezione e cure particolari affinché sia loro garantito uno sviluppo armonioso e completo della loro personalità.

della propria fecondità; h) il diritto all’informazione sessuale, basata sulla conoscenza scientifica libera e morale, e diffusa appropriatamente a tutti i livelli sociali; i) il diritto all’educazione sessuale e alla cura della salute sessuale.

¹⁵² In tema, cfr. STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, 3 ss. e 45 ss.

Sotto diverso profilo, dalla lettura della Convenzione medesima, emerge come si vada inoltre progressivamente riconoscendo un ruolo sempre più rilevante ai mezzi di comunicazione in relazione allo sviluppo psichico e morale dei fanciulli nella formazione e nello svolgimento della loro personalità e nella costruzione dei loro modelli di riferimento, di pensiero e di comportamento, evidenziandosi sempre più nella realtà di tutti i giorni la delicata funzione educativa rivestita in particolare dai *mass media*, che va ad affiancarsi a quelle tradizionali della famiglia e della scuola.

2.2.1 Il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini del 2000

Successivamente, nel 2000, stati adottati due protocolli facoltativi alla Convenzione sui diritti dell'infanzia, concernenti rispettivamente il coinvolgimento dei fanciulli nei conflitti armati e il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile¹⁵³.

In particolare, con il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini¹⁵⁴, stabilisce l'obbligo per gli Stati contraenti di vietare la vendita, la prostituzione e lo sfruttamento pornografico dei minori e di cooperare sul piano internazionale per la prevenzione e repressione di tali delitti.

Nel Preambolo, si afferma la necessità di raggiungere gli scopi già prefissati nella Convenzione del 1989 e, in particolare, di estendere le misure di tutela in relazione al preoccupante incremento del traffico internazionale di bambini per la vendita, la prostituzione e la pornografia minorile. Si richiamano, inoltre, i più rilevanti strumenti internazionali per la protezione dei bambini, come la Dichiarazione e il Programma di Azione adottati in occasione del primo Congresso mondiale contro lo sfruttamento

¹⁵³ Il Protocollo sono stati ratificati e resi esecutivi dall'Italia con Legge 11 marzo 2002 n. 46 (G.U. n. 65 del 2 aprile 2002 n. 77). Si noti peraltro che l'8 febbraio del 2000, il Comitato Speciale incaricato di elaborare una convenzione contro la delinquenza organizzata transnazionale, ha emesso la Nota dell'Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, del Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia e dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni sui Progetti del protocollo relativi al traffico di immigrati e alla tratta di persone (A/AC 254/27), ove sono contenute le definizioni di "tratta" e di "tratta di bambini" (quest'ultima include espressamente anche la produzione di materiale pornografico).

¹⁵⁴ Accessibile all'indirizzo <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/3170>.

sessuale dei bambini, e le raccomandazioni formulate dalla XXVI Conferenza internazionale della Croce rossa e della Mezzaluna rossa nel 1995.

Peraltro, sempre nel Preambolo, si manifesta profonda preoccupazione per la crescente offerta di pornografia infantile su Internet ed su altri nuovi supporti tecnologici. In relazione a tale situazione, sono richiamate le conclusioni della Conferenza internazionale sulla lotta contro la pornografia infantile su Internet, tenutasi a Vienna nel 1999, nel corso della quale si era posto l'accento sull'esigenza di punire penalmente, in tutto il mondo, la produzione, distribuzione, esportazione, importazione, trasmissione, possesso intenzionale e pubblicità di pornografia infantile, e sull'importanza di una cooperazione più stretta tra pubblici poteri e professionisti della rete telematica.

Il Protocollo prevede l'estensione delle misure destinate a garantire la protezione del minore dalle forme di sfruttamento commesse mediante la prostituzione minorile, la pedopornografia e la tratta, stabilendo che ciò debba essere compiuto mediante l'incriminazione di tutte le condotte correlate a tali attività.

Già in tale sede, pertanto, emerge la contiguità tra l'incriminazione della pedofilia e quella della tratta di esseri umani, che sarà poi riconosciuta e tradotta nell'ambito dell'ordinamento italiano dalla Legge 228/2003 e dalla Legge 269/1998.

L'art. 2 del Protocollo in commento, dopo aver opportunamente fornito una definizione dei concetti di "vendita di bambini", "prostituzione di bambini" e "pornografia rappresentante bambini"¹⁵⁵, fa espresso riferimento al continuo evolversi di tali fenomeni su Internet ed impegna gli Stati firmatari ad attuare una collaborazione giudiziaria più stretta, concedendosi reciprocamente la massima assistenza in vista di qualsiasi inchiesta, procedura giudiziaria o di estradizione relativa ai reati suddetti.

Sotto altro profilo, è degno di nota che il Protocollo faccia espresso riferimento anche al tema della sensibilizzazione dell'opinione pubblica, nonché al miglioramento dell'attuazione della legislazione nazionale in materia da parte degli Stati che sono

¹⁵⁵ Nell'art. 2 del Protocollo opzionale si precisa che per "vendita di bambini" si intende «qualsiasi atto o transazioni che comporta il trasferimento di un bambino, di qualsiasi persona o gruppo di persone ad altra persona o ad altro gruppo dietro compenso o qualsiasi altro vantaggio», per "prostituzione di bambini" si intende «il fatto di utilizzare un bambino a fini di attività sessuali dietro compenso o qualsiasi altro vantaggio» e per "pornografia rappresentante bambini" si intende «qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di un bambino a fini soprattutto sessuali».

tenuti ad introdurre anche l'attribuzione di responsabilità alle persone giuridiche che partecipino alle attività criminose in commento¹⁵⁶.

2.3 La Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000

Di fondamentale rilievo sono altresì la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale ed i due protocolli per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e di bambini, e per combattere il traffico di migranti, che sono stati aperti alla firma nel corso della conferenza internazionale tenutasi a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000¹⁵⁷.

La Convenzione e i suoi protocolli – su cui è stato raggiunto il consenso in un tempo breve come mai era accaduto in precedenza nella storia dell'elaborazione delle convenzioni internazionali – rappresentano una pietra miliare nella cooperazione internazionale contro la criminalità organizzata transnazionale. Si tratta, infatti, di strumenti legali che, da un lato, eliminano le differenze terminologiche esistenti nei diversi ordinamenti giuridici, introducendo una definizione unitaria dei principali fenomeni criminali, e, dall'altro, vengono a costituire una solida base giuridica per azioni di cooperazione tra governi e tra organi di *law enforcement*.

Ciò che rileva ai fini del tema oggetto di questo studio, è che, mediante l'art. 3 del Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e di bambini, che lo sfruttamento sessuale è stato fatto rientrare a pieno titolo nell'ambito di applicazione della Convenzione in esame, riconoscendosi anche che il fenomeno rappresenta a tutti gli effetti una forma di riduzione in schiavitù.

La disposizione citata, infatti, definisce “bambino” – in linea con i precedenti atti internazionali – «qualsiasi persona al di sotto di anni diciotto» e “tratta di persone” «il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego

¹⁵⁶ L'art. 3, comma 5, del Protocollo medesimo stabilisce che ogni Stato, nel rispetto delle norme del suo diritto interno, deve adottare ogni necessario provvedimento per determinare la responsabilità – penale, civile o amministrativa, a seconda dei principi dell'ordinamento dello Stato medesimo – anche delle persone giuridiche che partecipino alle attività illecite a danno dei minori. Cfr. AKDENIZ Y., *Internet and Child Pornography and the Law, National and International Responses*, Aldershot, 2008, 212 ss.

¹⁵⁷ Accessibili all'indirizzo http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_eng.pdf. La Convenzione ed i relativi Protocolli sono stati ratificati dall'Italia con Legge 16 marzo 2006 n. 146 (G.U. del 11 aprile 2006, n. 85). Nel maggio del 2001, inoltre, l'Assemblea Generale dell'ONU ha approvato il terzo Protocollo, relativo alla produzione e al traffico illegali di armi da fuoco, delle loro parti, componenti e munizioni, aperto alle firme dal luglio del 2001.

o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi».

Peraltro, sotto diverso profilo, deve evidenziarsi che ai crimini in commento è riconosciuta espressamente la qualifica di “reati transnazionali”.

La Convenzione ed i relativi protocolli, infatti, si applicano ai reati espressamente previsti dalla Convenzione (partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, riciclaggio, corruzione, intralcio alla giustizia) e dai protocolli (tratta di esseri umani, traffico di migranti, traffico di droga) ed ai reati da essa definiti “gravi” (*i.e.* considerati “*serious crime*” da ciascuno Stato e puniti con una pena massima di almeno quattro anni) che siano «transnazionali» «in natura» o «coinvolgano» un gruppo criminale organizzato, il cui scopo sia il raggiungimento, diretto o indiretto, di un profitto (art. 3). Muovendo dall'analisi del campo di applicazione così individuato, la dottrina ha correttamente osservato come lo strumento multilaterale relativo alla criminalità organizzata transnazionale presenti «potenzialità applicative in grado di renderlo utilizzabile in riferimento a tutte le forme di manifestazione più gravi della criminalità organizzata»¹⁵⁸.

2.4 I congressi mondiali contro lo sfruttamento commerciale e sessuale dei minori

Accanto agli specifici strumenti legislativi internazionali dedicati ai minori, completano il quadro delineato numerosi atti di rilevanza internazionale, prevalentemente di indirizzo o programmatici, privi di un valore giuridicamente vincolante ma comunque finalizzati a proteggere i minori dallo sfruttamento sessuale, dalla tratta e dalle diverse forme transazionali di criminalità.

¹⁵⁸ Per un commento, v. ROSI E., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, 70.

Ad esempio, assumono particolare rilievo le *Declaration* e le *Agenda for Action* presentate in occasione dei tre congressi mondiali contro lo sfruttamento commerciale e sessuale dei minori, tenutisi a Stoccolma nel 1996, a Yokohama nel 2001 e a Rio de Janeiro nel 2008, che trattano dell'adozione di misure concrete volte a garantire ai bambini tutte le condizioni necessarie alla loro crescita e allo sviluppo della loro personalità.

La Dichiarazione Finale ed il Piano d'Azione del Congresso di Stoccolma¹⁵⁹ contengono una serie di linee guida a tutela e prevenzione degli abusi sessuali sui bambini (promozione di una politica culturale e sociale di prevenzione del fenomeno e di protezione delle vittime, della cooperazione internazionale in tale settore, allocazione di risorse, introduzione di normative interne che prevedano anche sanzioni penali rigorose in relazione alle diverse forme di sfruttamento sessuale ed in particolare quando tale sfruttamento sia posto in essere a fini commerciali), linee guida cui gli Stati si impegnano ad uniformarsi al fine di dare attuazione alla Convenzione del 1989 con particolare riguardo al contrasto dei fenomeni di sfruttamento sessuale e tratta di minori. Si noti inoltre che la Dichiarazione finale contiene una presa d'atto di come lo sfruttamento sessuale dei minori possa comportare nei bambini danni tali da comprometterne lo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale (punto 9) e sancisce il principio secondo cui «ogni bambino ha diritto di essere pienamente protetto da tutte le forme di sfruttamento e di abuso sessuale».

Muovendo da tali presupposti, gli Stati partecipanti hanno quindi condiviso la necessità e l'urgenza di una fattiva cooperazione e coordinamento tra gli Stati ed ogni settore della società al fine di attuare la prevenzione, la protezione, il recupero e la reintegrazione del minore abusato e sfruttato sessualmente (punto 12).

¹⁵⁹ Accessibile all'indirizzo http://old.minori.it/cd/cd_lucca_2003/4/4.1.1_en.pdf. Al primo congresso mondiale sul tema dello sfruttamento sessuale dei bambini (Stoccolma, 27-31 agosto del 1996), hanno partecipato i rappresentanti dei governi di 122 Paesi, l'UNICEF, l'ECPAT (*End Child Prostitution, Pornography and Trafficking*) e il Gruppo Non Governativo della Convenzione per i Diritti del Bambino (rappresentato dall'ICCB, *International Catholic Child Bureau*).

2.5 L'evoluzione dei concetti di “fanciullo” e di “sfruttamento sessuale” nell'ordinamento internazionale

Quanto previsto dalla Dichiarazione Finale della Conferenza di Stoccolma testimonia come i concetti di abuso e sfruttamento sessuale dei minori – i più odiosi tra i diversi possibili abusi perpetrati a danno degli stessi – abbiano subito una progressiva evoluzione in stretta connessione con il progresso socio-economico-culturale che ha caratterizzato le società, in particolare occidentali, e con la correlata evoluzione del concetto di infanzia, nell'ambito di una nuova concezione della specifica tutela da riconoscere a favore della stessa come esperienza altra rispetto a quella dell'adulto¹⁶⁰.

un punto di vista puramente psicologico, potrebbe dirsi che qualsiasi attivazione di desiderio sessuale in un adulto nei confronti di un bambino rappresenta una patologia che può ingenerare un abuso. Tuttavia, è altrettanto evidente che quando tale desiderio non si concretizza in azioni o si manifesta in forme tali da non essere direttamente percepibili dalla vittima non sembra appropriato parlare di abuso.

In merito, peraltro, autorevole dottrina¹⁶¹ ha evidenziato come le definizioni normative dei comportamenti sessualmente illeciti debbano rispondere ad una duplice esigenza: conciliare la libertà sessuale dell'individuo con i diritti degli altri e con i valori ammessi dalla collettività, ed inserire i comportamenti in questione in specifiche disposizioni legislative, per fornire alla materia una regolamentazione univoca.

Una delle prime definizioni del maltrattamento nei confronti dei bambini è stata fornita nel corso del IV Colloquio Criminologico tenutosi nel 1978 a Strasburgo. In quella occasione, il Consiglio d'Europa ha affermato che il maltrattamento dei minori si realizza attraverso tutti «gli atti e le carenze che turbano gravemente il bambino, attentano alla sua integrità corporea, al suo sviluppo fisico, affettivo, intellettuale e morale, le cui manifestazioni sono la trascuratezza e/o lesioni di tipo fisico e/o psichico e/o sessuale da parte di un familiare o di altri che hanno cura del bambino»; il maltrattamento, secondo quanto emerso, può concretizzarsi sia in una condotta attiva

¹⁶⁰ SAULLE M.R., *La Convenzione di New York sulla tutela dei fanciulli*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1999, 20 ss.

¹⁶¹ MANTOVANI F., *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma – VIII Congresso italiano della Società italiana di Criminologia*, in *Iustitia*, Siracusa, 1989, 24 ss.

(percosse, lesioni, atti sessuali, ipercuria), sia in una condotta omissiva (incuria, trascuratezza, abbandono)¹⁶².

Tuttavia, la definizione di abuso sessuale che ha incontrato il maggior consenso è quella elaborata dal pediatra americano Kempe, che lo definisce come «il coinvolgimento di bambini e adolescenti, soggetti quindi immaturi e dipendenti, in attività sessuali che essi non comprendono ancora completamente, alle quali non sono in grado di acconsentire con totale consapevolezza o che sono tali da violare tabù vigenti nella società circa i ruoli familiari»¹⁶³.

Al V Congresso internazionale sull'infanzia maltrattata e abbandonata, tenutosi a Montreal nel 1984, invece, il concetto di “abuso”, definito come «ogni atto omissivo o autoritario che metta in pericolo o danneggi la salute o lo sviluppo emotivo di un bambino, comprendendovi anche la violenza fisica e le punizioni corporali irragionevolmente severe, gli atti sessuali, lo sfruttamento in ambito lavorativo e la mancanza di rispetto dell'emotività del fanciullo», viene specificamente distinto dal concetto di “abuso sessuale”, da intendersi come «il coinvolgimento di bambini e adolescenti in attività sessuali che essi non comprendono ancora completamente, alle quali non sono in grado di acconsentire con piena consapevolezza o che sono tali da violare i tabù di una particolare società»¹⁶⁴.

La citata Dichiarazione Finale del primo Congresso mondiale delle Nazioni Unite contro lo sfruttamento sessuale ed il commercio dei bambini (Stoccolma, 1996) contiene, a sua volta, una definizione di “sfruttamento sessuale”, che, rispetto a quelle viste di “abuso” sessuale, pone l'accento sul connotato marcatamente economico delle nuove forme di violenza nei confronti dei bambini¹⁶⁵.

Il punto 5 della Dichiarazione Finale, infatti, definisce lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali come «una violazione fondamentale dei loro diritti, che comprende l'abuso sessuale da parte dell'adulto e una retribuzione in natura o in denaro. Rappresenta quindi una forma di coercizione e di violenza esercitata nei loro confronti ed equivale ad un lavoro forzato e ad una forma di schiavitù contemporanea».

¹⁶² CORRERA M., MARTUCCI P., *La violenza in famiglia*, Padova, 1988, 53-54.

¹⁶³ KEMPE C.H., *The battered-child syndrome*, in *Journal of the American Medical Association*, 1962, 181.

¹⁶⁴ STRANO M., *Manuale di criminologia clinica*, Firenze, 2003, 257-258.

¹⁶⁵ Cfr. CAMPIGLIO C., *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 543 ss.

Attraverso tale definizione, si evidenzia l'estrema gravità del fenomeno sotto il duplice profilo dell'abuso sessuale sui bambini e del mercimonio degli stessi, che divengono pertanto al contempo oggetto sessuale ed oggetto di un turbe scambio economico-commerciale.

Dai lavori del Congresso di Stoccolma è emersa altresì una definizione condivisa di "abusante/sfruttatore", figura che viene ricondotta alle seguenti tre diverse categorie: "the paedophile", ovvero un adulto avente un particolare disturbo della personalità che lo induce a manifestare un interesse sessuale specifico nei confronti dei minori in età prepuberale; "the preferential child sex abuser", ovvero un soggetto che preferisce come oggetto sessuale minori che abbiano raggiunto da poco o appena superato la pubertà; "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 (ad esempio, il turista sessuale, che difficilmente terrebbe i medesimi comportamenti nella sua nazione di origine)¹⁶⁶.

Si tratta di definizioni essenziali al fine di comprendere il cambiamento dell'approccio alla problematica della tutela dei diritti dei minori, in particolare contro i reati a sfondo sessuale perpetrati a loro danno.

Quanto alla classificazione degli abusi, la più utilizzata dagli esperti del settore è quella elaborata da Montecchi, che consente di cogliere la complessità del fenomeno. Montecchi sottolinea, anzitutto, che «il termine "abuso ai bambini" è onnicomprensivo di tutte le forme di abuso. Raramente infatti il bambino abusato subisce una sola forma di abuso, ma, spesso, nel corso della sua vita sperimenta contemporaneamente più tipi di abuso». Secondo l'Autore, gli abusi sono riconducibili a tre diverse tipologie: il maltrattamento (fisico o psicologico), la patologia delle cure (incuria, discuria, ipercuria, sindrome di Münchhausen per procura, *chemical abuse*, *medical shopping*) e l'abuso sessuale (extrafamiliare o intrafamiliare)¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Per una disamina delle diverse forme di abuso sui minori, cfr. PETERSON M.S., DURFEE M., COULTER K., *Child Abuse and Neglect: Guidelines for Identification, Assessment, and Case Management*, Volcano, 2003.

¹⁶⁷ MONTECCHI F., *Dal bambino minaccioso al bambino minacciato. Gli abusi sui bambini e la violenza in famiglia: prevenzione, rilevamento e trattamento*, Milano, 2005, 57 ss.

Risulta interessante ricordare anche l'opinione di Gullotta, il quale, diversamente, ritiene che sia necessario tenere separati i casi di pedofilia da quelli di abuso sessuale sui fanciulli; secondo l'Autore, infatti, mentre la pedofilia rappresenta un'attrazione sessuale verso i bambini, un sentimento, e non un comportamento, che pertanto non necessariamente sfocia nella messa in atto di un abuso, l'abuso sessuale si riferisce invece specificamente all'azione di recare danno al soggetto coinvolto attraverso comportamenti sessualmente connotati¹⁶⁸.

Conclusivamente, può dirsi che, nell'ambito giuridico internazionale, si è assistito ad una progressiva evoluzione dello *status* dei minori, non più visti solo come oggetto di protezione ma anzitutto come persone, con propri diritti e specifiche esigenze differenziate diverse rispetto a quelle degli adulti.

L'evolversi di una cultura giuridica dei diritti umani ha, infatti, consentito la progressiva enucleazione, nell'ambito dei diritti umani della persona, della specifica categoria dei "diritti del fanciullo", cui è corrisposta una progressiva evoluzione anche dei connessi concetti di sfruttamento e abuso sessuale sui bambini, in tutte le loro forme, inclusa negli anni più recenti quella per via telematica.

2.6 Alcune ulteriori iniziative internazionali a tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale

Proprio in relazione allo sfruttamento sessuale via Internet, la Conferenza internazionale sulla lotta contro la pornografia infantile su Internet, tenutasi a Vienna nell'ottobre del 1999, ha approvato una Dichiarazione Finale, sottoscritta dai delegati di tutti i duecentocinquanta Paesi occidentali partecipanti, contenente un elenco di considerazioni e raccomandazioni che dichiarano esplicitamente la necessità di seguire una politica di "tolleranza zero" per la lotta alla pedopornografia, affermando anzitutto la necessità di una legislazione chiara ed incisiva e di un adeguato apparato esecutivo¹⁶⁹. La Dichiarazione Finale, inoltre, auspica la penalizzazione a livello mondiale della produzione, distribuzione, possesso, importazione, trasmissione, possesso internazionale

¹⁶⁸ GULLOTTA G., *Aspetti psico-giuridici del comportamento pedofilo*, in AA.VV., *La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, a cura di DE CATALDO NEUBURGER L., Padova, 1999, 244.

¹⁶⁹ HELFER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 7.

e pubblicità di materiale pornografico infantile, nonché – allo scopo di favorire l’efficacia dell’intervento di contrasto del fenomeno – una stretta cooperazione fra poteri pubblici ed operatori su Internet.

Quali ulteriori iniziative a tutela del minore abusato e sfruttato adottate a livello internazionale, devono essere segnalate: la Risoluzione n. 1992/74 promossa dalle Nazioni Unite, contenente il “Programma di azione per la prevenzione della vendita di bambini, della prostituzione infantile e della pornografia coinvolgente minori, e per lo sfruttamento del lavoro dei fanciulli”; la Dichiarazione sull’eliminazione della violenza contro le donne promossa dalle Nazioni Unite nel 1993¹⁷⁰; la Dichiarazione sulla protezione dei bambini dallo sfruttamento sessuale nel turismo (1996) promossa dall’Associazione Internazionale di Trasporto Aereo (IATA).

3 Le iniziative del Consiglio d’Europa a tutela dei diritti dei bambini

In ambito europeo, l’affermazione dei diritti dei bambini deve ricondursi a due fondamentali convenzioni, adottate sotto l’egida del Consiglio d’Europa, organizzazione internazionale istituito al fine di promuovere la democrazia, i diritti dell’uomo, l’identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa: la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall’Italia con Legge 4 agosto 1955, n. 848¹⁷¹, e la *Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori*, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata con Legge 20 marzo 2003, n. 77¹⁷².

¹⁷⁰ Al par. 18 della Dichiarazione si legge che: «I diritti umani delle donne e delle bambine sono un’inalienabile, integrale ed indivisibile parte dei diritti umani universali [...] La violenza di genere e tutte le forme di molestia e sfruttamento sessuale, incluse quelle derivanti da pregiudizi culturali e da traffici internazionali, sono incompatibili con la dignità e il valore della persona umana e devono essere eliminate. Questo obiettivo può essere conseguito attraverso strumenti legislativi e attraverso un’azione nazionale e una cooperazione internazionale in campi come lo sviluppo economico e sociale, l’educazione, la tutela della maternità e della salute, i servizi sociali».

¹⁷¹ Accessibile all’indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=30/08/2009&CL=ENG>. Per un commento, v. LACOPPOLA V. *La tutela del minore abusato nell’era della globalizzazione*, 2003, 52 ss.

¹⁷² Accessibile all’indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=30/08/2009&CL=ENG>. Per un commento, v. FEDERICI C., *La Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull’esercizio dei diritti da parte dei minori*, Pisa, 1999.

Per quanto concerne la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si tratta del fondamentale strumento sui diritti umani adottato in ambito europeo, che ha predisposto un originale sistema di tutela internazionale dei diritti dell'uomo, offrendo ai singoli soggetti la facoltà di invocare il controllo giudiziario¹⁷³ sul rispetto dei loro diritti e che contiene anche talune norme a protezione specifica dei minori, mostrando di considerarli soggetti deboli e pertanto meritevoli di una particolare tutela¹⁷⁴. La dottrina ritiene peraltro che dalla CEDU discendano vincoli per il legislatore in fase di posizione delle norme incriminatrici e scriminanti (divieti di violazione diretta dei diritti fondamentali da parte dello Stato mediante sanzione penale, divieti di incriminare condotte che costituiscono esercizio di diritti fondamentali, obblighi di incriminare condotte lesive di beni fondamentali), nonché per i giudici in fase di applicazione¹⁷⁵. In tale ottica, assume particolare rilievo in relazione al tema oggetto di questo studio, l'art. 4 (*Divieto di schiavitù e di lavori forzati*), l'art. 5 (*Diritto alla libertà e alla sicurezza*), l'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita familiare e privata*) e l'art. 9 (*Libertà di pensiero, coscienza e religione*).

La Convenzione di Strasburgo, invece, ha come scopo specifico quello di «promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria» (art. 1, comma 2). La Convenzione è espressamente richiamata dalla Legge 269/1998¹⁷⁶.

¹⁷³ La Convenzione ha istituito, con sede a Strasburgo, quali organi di controllo: una Commissione, incaricata di istruire le istanze presentate da persone fisiche o da Stati membri; la Corte europea dei diritti dell'uomo, che può essere adita dalla Commissione o dagli Stati membri, previo rapporto della Commissione stessa (in caso di composizione giudiziaria); il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che svolge il ruolo di "custode" della CEDU e si pronuncia in merito alle controversie circa le violazioni della CEDU che non siano state trattate dalla Corte.

¹⁷⁴ Cfr. in particolare, artt. 5-6. Per un'analisi approfondita, v. BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

¹⁷⁵ Per un'analisi delle influenze della CEDU sul diritto penale sostanziale italiano, v. VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.

¹⁷⁶ Si legge nel Preambolo della Convenzione di Strasburgo: «[...] Convinti che i diritti e gli interessi superiori dei minori debbano essere promossi e che a tal fine i minori dovrebbero avere la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano; riconoscendo che i minori dovrebbero ricevere informazioni pertinenti, affinché i loro diritti e i loro interessi superiori possano essere promossi e affinché la loro opinione sia presa in debita considerazione [...]». Cfr. FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il ruolo del minore negli Atti del Consiglio d'Europa*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 601 ss.

La Convenzione detta anzitutto una serie di misure di natura procedurale che mirano a promuovere a livello nazionale l'esercizio dei diritti dei fanciulli (artt. 3-15). In particolare, l'art. 3 sancisce il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione; tale diritto conferisce al fanciullo, se considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento sufficiente, il diritto di ricevere tutte le informazioni pertinenti, di essere consultato, di esprimere la propria opinione, di essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione possa comportare nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione. Tale disposizione rappresenta un deciso passo in avanti nel senso del riconoscimento al fanciullo di diritti all'interno di procedimenti che lo riguardano in materia di famiglia: il bambino, infatti, non è più visto come l'"oggetto" di tali procedure, bensì viene affermata la possibilità per lo stesso di parteciparvi. Conseguentemente, il diritto di ricevere le informazioni pertinenti ed il diritto di essere consultato attribuiscono al fanciullo un'effettiva possibilità di agire in propria difesa.

L'art. 12 dispone l'obbligo per gli Stati membri di «garantire al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa», prevedendo che le opinioni del fanciullo debbano essere prese in considerazione «tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità» e prevedendo altresì che si debba dare al fanciullo «la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato».

La Convenzione, inoltre, ha creato un Comitato permanente, attribuendogli anche il compito di esaminare ogni questione attinente all'interpretazione o attuazione della Convenzione medesima, proporre emendamenti e fornire assistenza agli organi nazionali, favorendo la reciproca collaborazione (artt. 16-19).

Il Consiglio d'Europa, peraltro, a partire dagli anni Settanta, è tornato più volte ad occuparsi del problema dello sfruttamento sessuale dei minori, adottando numerose raccomandazioni in materia¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Tra le raccomandazioni adottate dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, devono essere ricordate in particolare le seguenti: n. R 561(69) sulla protezione dei minori dai maltrattamenti, n. R 1065 (1987) sul traffico di bambini ed altre forme di sfruttamento a danno di bambini; n. R 1121 (1990) sui diritti dell'infanzia; n. R 1286 (1996) su una strategia europea a favore dei bambini; n. R (1997) 1336 sulla lotta allo sfruttamento del lavoro minorile come priorità; n. R (1998) 1371 sull'abuso e l'abbandono nei confronti dei bambini; n. R 1666 (2004) sul divieto a livello europeo delle punizioni corporali inflitte

In particolare, con la Raccomandazione n. R (2001) 16 sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale¹⁷⁸, a fronte delle preoccupanti dimensioni che il fenomeno sta assumendo, sia a livello nazionale, sia a livello internazionale, il Consiglio d'Europa ribadisce la necessità di una cooperazione internazionale al fine di combattere lo sfruttamento sessuale dei bambini sotto forma di pornografia, prostituzione, schiavitù sessuale, turismo sessuale e traffico di esseri umani, che causa gravi danni alla loro salute fisica e al loro sviluppo psicosociale.

Gli obiettivi che il Consiglio d'Europa si prefigge con l'ultima Raccomandazione citata (art. 1) sono i seguenti:

«a. promuovere il benessere e l'interesse superiore di ogni bambino e la sua salute, nonché il suo sviluppo fisico, morale e sociale, al fine di assisterlo perché possa vivere una vita libera dall'abuso sessuale, dalla violenza e dallo sfruttamento;

ai bambini; n. R 1551 (2002) “Costruire la società del XXI secolo con e per i bambini, (seguito della strategia europea per i bambini di cui alla Raccomandazione 1286 (1996); n. R 1545 (2002) relativa alla campagna contro la tratta delle donne; n. R 1523 (2001) sulla schiavitù domestica; n. R 1778 (2007) riguardante i bambini vittime. L'Assemblea ha adottato inoltre anche la Risoluzione 1099 (1996) sullo sfruttamento sessuale dei bambini. Per quanto concerne invece il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sono state adottate le seguenti raccomandazioni: n. R (79) 17 sulla protezione dei fanciulli dai maltrattamenti; n. R (85) 11 sulla posizione della vittima nell'ambito del diritto penale e delle procedure; n. R (85) 4 sulla violenza in famiglia; n. R (86) 1044 sulla criminalità internazionale, che invita gli Stati a cooperare nell'azione di contrasto del traffico di bambini; n. R (87) 21 sull'assistenza alle vittime e sulla prevenzione della vittimizzazione; n. R (87) 1065 sul traffico di minori e altre forme di sfruttamento minorile; n. R (89) 7 sui principi relativi alla distribuzione di videogrammi con un contenuto violento, brutale o pornografico; n. R (90) 2 sui provvedimenti sociali relativi alla violenza entro le mura domestiche; n. R (91) 11 sullo sfruttamento sessuale, la pornografia, la prostituzione e il traffico di bambini e giovani adulti; n. R (91) 9 sui provvedimenti urgenti riguardanti la famiglia; n. R (93) 2 sugli aspetti medico legali dell'abuso infantile; n. R (97) 13 sull'intimidazione dei testimoni e il diritto alla difesa; n. R (97) 19 sulla rappresentazione della violenza nei *media* elettronici; n. R (2000) 11 sulla lotta contro la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento sessuale; n. R (2001) 16 sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale; Rec (2002) 5 sulla protezione delle donne contro la violenza; Rec (2006) 12 relativa alla responsabilizzazione dei bambini nel nuovo contesto dell'informazione e della comunicazione. In particolare, la Raccomandazione n. R (91) 11 sullo sfruttamento sessuale, la pornografia, la prostituzione e il traffico di bambini e giovani adulti (accessibile all'indirizzo http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/cj-s-vict/recR_91_11e.pdf) invita gli Stati europei a prevedere sanzioni appropriate che tengano conto della gravità del reato commesso da quanti producano e distribuiscano materiale pornografico implicante fanciulli o incoraggino la prostituzione infantile, favorendo un'ampia cooperazione a livello internazionale, un'opera di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, di dissuasione delle agenzie turistiche dal promuovere il turismo sessuale in qualunque forma e di scambio di informazioni tra gli Stati tramite l'Interpol, anche attraverso la creazione di un registro europeo di bambini scomparsi. Nel 1999 è stato peraltro costituito un Comitato di esperti sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale (PC-SE), con il principale compito di rivedere la Raccomandazione in commento.

¹⁷⁸ Accessibile all'indirizzo http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/fight_against_sexual_exploitation_of_children/4_international_instruments/Rec%202001_%2016%20-%20ITALIAN.pdf.

- b. predisporre ed applicare dei provvedimenti, delle politiche e delle prassi riguardanti la lotta allo sfruttamento sessuale, che tengano conto dei punti di vista e delle esperienze degli stessi bambini;
- c. promuovere la cooperazione tra gli Stati membri, in modo che possano affrontare in maniera più efficace i vari aspetti dello sfruttamento sessuale a livello nazionale ed internazionale;
- d. eliminare la pornografia e la prostituzione infantile e la tratta di bambini commesse da persone fisiche o giuridiche, da un singolo individuo o nell'ambito di un'organizzazione, all'interno del Paese o al di fuori dei suoi confini, da parte di cittadini del Paese o da residenti, con o senza il consenso del bambino». Per conseguire tali obiettivi, la Raccomandazione in esame propone di adottare ogni necessario mezzo educativo, informativo, di prevenzione, identificazione e assistenza, nonché ogni necessario strumento legislativo, di polizia e di cooperazione internazionale».

La Raccomandazione contiene inoltre una serie di utili definizioni volte a circoscrivere le fattispecie criminose che vedono come vittima il minore; in particolare, quanto alla pornografia infantile, il documento menziona tra le condotte che integrano il delitto, accanto alla produzione e distribuzione di materiale pedopornografico, anche il mero possesso di tale materiale.

In relazione alla tutela dei minori su Internet, con la Raccomandazione R (2001) 16, il Consiglio d'Europa raccomanda che gli Stati facciano in modo che i *provider* siano coinvolti nelle iniziative di sensibilizzazione in materia di sfruttamento sessuale dei minori e dei rischi ad esso connessi, collaborino con le autorità per individuare e contrastare i vari mezzi mediante i quali la rete Internet può venire utilizzata ai fini della commissione dei suddetti reati, ed elaborino inoltre un codice di buona condotta. Il Consiglio d'Europa sottolinea la necessità, ai fini di un efficace attività di contrasto del fenomeno, che le istituzioni preposte al perseguimento dei reati in commento siano posti in grado di utilizzare i dati informatici.

Viene inoltre ribadita l'importanza dell'informazione da prestare ai genitori e a quanti accudiscono i bambini o ne hanno la responsabilità, nonché ai bambini stessi, relative ai rischi dello sfruttamento sessuale via Internet, nonché in merito alle forme che può assumere e a come limitarne l'accesso, e proposta la creazione di centri di assistenza telefonica e una campagna di sensibilizzazione dei cittadini al fine di incoraggiare la

denuncia dei casi di pornografia infantile o di incitamento alla prostituzione infantile sui siti *web*.

La Raccomandazione R (2001) 16 contiene inoltre, al punto III, una serie di raccomandazioni inerenti all'ordinamento penale, ai procedimenti e alle misure coercitive in genere, tramite le quali il Consiglio d'Europa chiede ai Governi degli Stati membri di prevedere e punire all'interno dei propri ordinamenti nazionali le condotte di pornografia infantile, prostituzione infantile e tratta di bambini definite nella Raccomandazione medesima e che promuovano la cooperazione internazionale in materia.

Con riferimento agli interventi più recenti, nel 2005 il Consiglio d'Europa adotta la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani¹⁷⁹.

Degna di particolare interesse è la definizione in essa contenuta di “tratta di esseri umani” come «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi». Deve inoltre essere ricordato l'art. 6, che prevede che gli Stati contraenti adottino e rafforzino le misure legislative, amministrative, educative, sociali, culturali (tra cui anche campagne di informazione mirata) atte a scoraggiare la domanda che favorisce tutte le forme di sfruttamento delle persone, ed in particolare di donne e bambini.

3.1 Il Programma «Costruire un'Europa per e con i bambini» e la Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali

A completare il quadro giuridico e ad ulteriore conferma della priorità della promozione dei diritti dell'infanzia e della protezione dei bambini dalla violenza nell'ambito della propria attività, il Consiglio d'Europa, nel corso del terzo vertice dei Capi di Stato e di

¹⁷⁹

Accessibile

all'indirizzo

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=197&CM=1&CL=ENG>.

Governo (Varsavia, 15-16 dicembre 2005), lancia il Programma d'azione triennale «Costruire un'Europa per e con i bambini (2006-2008)», che nasce con l'intento di aiutare i legislatori e gli attori interessati ad elaborare ed attuare strategie nazionali in ambito sociale, giuridico, educativo e sanitario. Il Programma si fonda su un approccio trasversale ed integrato, che valorizza gli strumenti del partenariato e della comunicazione, mettendo in campo le diverse esperienze di tutti gli organi e istituzioni del Consiglio d'Europa ed i suoi partner esterni, al fine di garantire la promozione dei diritti dei bambini e la protezione degli stessi contro ogni forma di violenza. Degno di nota è il punto di partenza dell'iniziativa, rappresentato da un sito *web* – a dimostrazione della presa d'atto del ruolo fondamentale rivestito oggi da Internet e dalle nuove tecnologie in genere – che informa in merito alle attività svolte ed in corso di svolgimento in attuazione del Programma. Curioso invece il logo presente nel sito, rappresentato da un *tangram*, antico gioco cinese che permette di combinare sette diversi pezzi geometrici a comporre innumerevoli forme, ad indicare simbolicamente le sfide poste dagli obiettivi del Programma.

Nel contesto di questo Programma è stata prevista anche l'elaborazione di nuovi strumenti convenzionali tra gli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa ad opera di una *task force* di esperti degli Stati membri creata *ad hoc* (il *Committee of Experts on the protection of children against sexual exploitation and abuse* – PC-ES) e a ciò delegata dall'*European Committee on Crime Problems*. Il prodotto del lavoro del comitato di esperti è rappresentato dalla Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, adottata in occasione della ventottesima Conferenza dei Ministri europei della Giustizia (Lanzarote, 25-26 ottobre 2007)¹⁸⁰.

Nei giorni 8-11 settembre 2008, peraltro, si è svolta a Stoccolma la conferenza «Costruire un'Europa per e con i bambini – Verso una strategia per il 2009-2011», organizzata dalla presidenza svedese del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nell'ambito della quale sono stati valutati i progressi compiuti nella realizzazione del programma «Costruire un'Europa per e con i bambini» e si sono individuate le linee guida per la strategia relativa al nuovo triennio 2009-2011. In particolare, la nuova strategia mira a rafforzare l'attività svolta a favore dei diritti dei bambini da parte di quarantadue Stati membri del Consiglio d'Europa. La strategia di Stoccolma interessa

¹⁸⁰ Accessibile all'indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/201.htm>.

cinque macroaree, ovvero: i) la presa in considerazione trasversale dell'interesse superiore del bambino nelle decisioni politiche, anche attraverso un sito *web* che contiene informazioni facilmente accessibili; ii) la cooperazione tra i Paesi europei per lottare contro tutti i tipi di violenza nei confronti dei giovani, contro le punizioni corporali inflitte ai bambini, lo sfruttamento sessuale, la violenza dettata dai codici d'onore e la tratta di bambini; iii) il consolidamento della partecipazione dei bambini; iv) un'azione specifica a favore dei bambini che, per diverse ragioni, sono separati dai loro genitori, dei bambini disabili, dei bambini finanziariamente e socialmente a rischio, dei bambini che appartengono a minoranze nazionali e dei figli di profughi; v) una posizione più solida per i bambini nell'amministrazione della giustizia, affinché la prospettiva del bambino costituisca un principio guida per l'elaborazione di nuove leggi.

Venendo alla Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, si tratta del primo strumento che qualifica espressamente gli abusi sessuali nei confronti dei bambini come violazioni penali, includendovi anche quelli che hanno luogo tra le mura domestiche o comunque in ambito familiare, colmando così una lacuna esistente nella legislazione europea e di armonizzare il quadro giuridico per combattere efficacemente il fenomeno.

L'obiettivo del Consiglio d'Europa, infatti, era quello di creare una convenzione realmente innovativa contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale sui minori, tale da rappresentare un effettivo valore aggiunto rispetto agli strumenti già esistenti in materia, in particolare conferendogli natura vincolante per i Paesi firmatari¹⁸¹.

Di fondamentale rilievo risulta essere il Capo VI della Convenzione, che si occupa delle modifiche alla legge penale sostanziale nell'ottica dell'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, con il duplice obiettivo di evitare che alcuni Stati possano divenire luoghi privilegiati di commissione dei delitti di abuso e sfruttamento sessuale di minori in ragione del loro più mite sistema repressivo e di agevolare lo scambio di dati e

¹⁸¹ L'art. 1 (*Obiettivi*) illustra chiaramente gli scopi della Convenzione:

«1. Gli obiettivi di questa Convenzione sono:

- a. prevenire e combattere lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale dei minori;
- b. proteggere i diritti dei minori vittime di sfruttamento sessuale e abuso sessuale;
- c. promuovere la cooperazione nazionale e internazionale contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale dei minori.

2. per assicurare l'effettiva implementazione di queste disposizioni da parte degli Stati Parti, questa Convenzione istituisce uno specifico meccanismo di monitoraggio».

esperienze ed ottenere un quadro d'insieme sullo stato del crimine e delle risposte penali, anche nell'ottica di un potenziamento e miglioramento della cooperazione internazionale (in particolare, con riferimento all'estradizione e dell'assistenza giudiziaria penale).

In particolare, l'art. 20¹⁸² della Convenzione delinea il reato di pornografia minorile allineandosi nella sostanza a quanto previsto dalla Convenzione sul *cybercrime*. La disposizione in esame punisce, tra l'altro, anche la condotta di «ottenere consapevolmente l'accesso a materiale pedopornografico attraverso tecnologie di comunicazione» (lett. f), che non è attualmente prevista dall'ordinamento italiano, che si limita a punire l'effettiva detenzione del materiale pedopornografico, e non il mero accesso allo stesso. Deve osservarsi tuttavia in merito, che la Convenzione prevede espressamente che su tale punto gli Stati possano esprimere una riserva. L'Italia potrebbe pertanto avvalersi di tale clausola al fine di evitare la previsione dell'illiceità penale della condotta suddetta nel nostro ordinamento, considerato che potrebbero sorgere dubbi di legittimità costituzionale in relazione ad una norma che verrebbe a sanzionare una condotta (quella del mero accesso a materiale pedopornografico) suscettibile nella pratica di essere del tutto casuale, e che porrebbe peraltro non pochi problemi sul piano della prova.

La Convenzione prevede inoltre che sia contemplato come reato, accanto alle fattispecie tradizionali di abuso sessuale, prostituzione minorile, pornografia minorile, reclutamento di minori al fine di farli partecipare a spettacoli pornografici, corruzione di

¹⁸² Art. 20 (*Reati relativi alla pornografia minorile*):

«1. Ogni Stato Parte dovrà prendere le misure necessarie legislative o di altro genere per assicurare che le seguenti condotte, compiute senza diritto, siano perseguite:

- a. produrre materiale pedopornografico;
- b. offrire o rendere disponibile materiale pedopornografico;
- c. distribuire o trasmettere materiale pedopornografico;
- d. procurare materiale pedopornografico per se stessi o per un'altra persona;
- e. possedere materiale pedopornografico;
- f. ottenere consapevolmente l'accesso a materiale pedopornografico attraverso tecnologie di comunicazione.

2. Per gli scopi del presente articolo, il termine “pornografia minorile” comprende ogni tipo di materiale che visibilmente raffigura un bambino coinvolto in una condotta sessualmente esplicita reale o simulata o qualunque raffigurazione di organi sessuali di un minore per scopi principalmente sessuali.

3. Ogni Stato Parte può riservarsi il diritto di non applicare, in tutto o in parte, il paragrafo 1 a e 1 e la produzione e il possesso di materiale pornografico:

- consistente esclusivamente in rappresentazioni simulate o immagini realistiche di minori non esistenti;
- in cui siano raffigurati minori che abbiano raggiunto l'età del consenso, quando le immagini sono prodotte e possedute da loro con il loro consenso ed esclusivamente per loro uso privato.

4. Ogni Stato Parte può riservarsi il diritto di non applicare, in tutto o in parte, il paragrafo 1 f».

minori, anche l'adescamento di minori a scopi sessuali (art. 24¹⁸³). Si tratta, quando realizzata *on line*, del c.d. "grooming", la cui criminalizzazione – come si vedrà nel prosieguo – è richiesta anche dalle istituzioni dell'Unione europea. In base a tale normativa, pertanto, tale fattispecie in esame dovrebbe essere introdotta nel nostro ordinamento, in cui attualmente non è contemplata.

Attualmente la Convenzione non risulta ancora essere stata ratificata da nessun Paese. Per quanto concerne l'Italia, è tuttora in corso l'esame del disegno di legge C.2326 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno», presentato in data 23 marzo 2009¹⁸⁴.

3.2 La Convenzione sul *cybercrime* (Budapest, 2001)

Il Consiglio d'Europa, sulla scia delle raccomandazioni n. R (89) 9 sulla criminalità in relazione con l'elaboratore e n. R (95) 13 relativa ai problemi di procedura penale legati alla tecnologia dell'informazione, nel novembre 1996 ha istituito, tramite il Comitato Europeo per i Problemi Criminali (CEPC), un comitato di esperti incaricati di elaborare una convenzione internazionale per contrastare il fenomeno della criminalità informatica.

Il comitato ha elaborato, nel corso di quattro anni, un progetto di convenzione che è stato successivamente aperto alla firma il 23 novembre 2001, in occasione della Conferenza sul *cybercrime* tenutasi a Budapest¹⁸⁵.

Alla Convenzione ETS n. 185, entrata in vigore il 1 luglio 2004, a seguito della ratifica da parte da parte del numero previsto di Stati¹⁸⁶, hanno aderito importanti ordinamenti extraeuropei, quali gli Stati Uniti, il Canada, il Giappone ed il Sud Africa.

¹⁸³ Art. 24 (*Adescamento di minori a scopi sessuali*) della Convenzione dispone:

«Ogni Stato Parte dovrà prendere le misure necessarie legislative o di altro genere per criminalizzare il proposito intenzionale di un adulto di incontrare a scopi sessuali un minore che non abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, quando questo proposito sia seguito da atti concreti tesi a ottenere tale incontro».

¹⁸⁴ Accessibile all'indirizzo <http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0026170.pdf>.

¹⁸⁵ Accessibile all'indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CL=ENG>. Il 28 gennaio 2003 è stato aperto alla firma anche il Protocollo addizionale alla Convenzione relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici. Il Protocollo ETS n. 189 è entrato in vigore il 1 marzo 2006.

La Convenzione è stata attualmente ratificata da ventisei Paesi; l'Italia vi ha recentemente provveduto con la Legge 18 marzo 2008, n. 48¹⁸⁷, di cui si dirà nel successivo Capitolo III.

Si tratta del primo fondamentale accordo internazionale riguardante i crimini commessi attraverso Internet o altre reti informatiche¹⁸⁸. Autorevole dottrina, in merito, ha evidenziato come la Convenzione sul *cybercrime* anzi «rappresenta la più avanzata espressione, a livello di fonti giuridiche internazionali, delle nuove esigenze di tutela e disciplina penale, indotte dallo sviluppo e dalla penetrazione di Internet (e dalle connessioni telematiche in genere) nei rapporti economici e sociali»¹⁸⁹.

Gli obiettivi fondamentali che la Convenzione dichiara di voler perseguire sono essenzialmente i seguenti: i) armonizzare gli elementi fondamentali delle fattispecie di reato del diritto penale sostanziale dei singoli ordinamenti interni e di tutte le altre disposizioni riguardanti la criminalità informatica; ii) dotare il diritto processuale penale dei Paesi parte della Convenzione degli strumenti necessari allo svolgimento delle indagini ed al perseguimento dei crimini correlati all'informatica e alla telematica (in particolare, in materia di prove e mezzi per la loro acquisizione e raccolta, anche al di fuori delle frontiere nazionali); iii) costruire un rapido ed efficace regime di cooperazione internazionale, anche tramite lo snellimento degli strumenti di assistenza giudiziaria e di polizia e lo scambio di informazioni e dati in tempo reale. Tali obiettivi devono essere perseguiti nel rispetto dei principi fondamentali, altrove desumibili, come ad esempio – per quanto concerne la tematica minorile – i principi contenuti nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti dell'infanzia e nella Convenzione del 1999 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sull'eliminazione delle peggiori forme di lavoro minorile, citate nel Preambolo della Convenzione di Budapest.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della Convenzione, esso si estende potenzialmente a tutte le fattispecie delittuose anche non realizzate nel ciber spazio, in

¹⁸⁶ L'art. 36 della Convenzione sul *cybercrime* richiedeva, ai fini della propria entrata in vigore, che almeno cinque Stati, di cui almeno tre appartenenti al Consiglio di Europa, la ratificassero.

¹⁸⁷ G.U. del 4 aprile 2008, n. 80.

¹⁸⁸ Tra i primi commenti alla Convenzione, cfr. SARZANA SANT'IPPOLITO C., *La Convenzione europea sulla cibercriminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 59 ss.; MORALES GARCIA O., *La politica criminale nel contesto tecnologico. Una prima approssimazione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sul Cyber-Crime*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica all'epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004, 123 ss.

¹⁸⁹ PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 ss. e quivi 197.

quanto essa si applica al fenomeno della criminalità informatica nella sua accezione più ampia, anche in relazione all'esigenza di prevenire un uso delle nuove tecnologie a fini illeciti o comunque lesivi di interessi fondamentali.

La Convenzione, infatti, pur non contenendo un'esplicita definizione del proprio ambito di applicazione, indirettamente (attraverso gli artt. 14, comma 2, e 23, formalmente dettati rispettivamente per definire il campo di applicazione delle disposizioni procedurali e di quelle sulla cooperazione internazionale in essa contenute) si applica, oltre che ai reati che introduce (anche definiti "cibernetici un senso proprio"), a tutti gli altri reati commessi attraverso un sistema informatico e a quelli in cui siano individuabili le prove in forma elettronica di un reato (anche definiti "cibernetici in senso improprio")¹⁹⁰.

La Convenzione si compone di un Preambolo e di quarantotto articoli, raggruppati in quattro capitoli (definizioni, misure da adottare a livello nazionale in tema di diritto sostanziale e processuale, cooperazione internazionale, clausole finali).

Il Capitolo I è costituito da un unico articolo, volto a definire ed armonizzare le nozioni di "sistema informatico", "dati informatici", "service provider" e "dati relativi al traffico". In particolare, per quanto concerne il concetto di "sistema informatico", esso è definito come ogni singolo apparecchio o gruppo di apparecchi tra loro interconnessi o collegati, uno o alcuni dei quali processano automaticamente dati in conformità ad un programma: si tratta di una definizione molto ampia, che viene a ricomprendere una grandissima varietà di apparecchiature tecnologiche, e, implicitamente, anche la nozione di "sistema telematico" non definito dalla Convenzione.

Il Capitolo II (artt. 2-22) è dedicato ai provvedimenti da adottare a livello nazionale e consta di tre distinte sezioni: diritto penale sostanziale (artt. 2-13), diritto procedurale (artt. 14 – 21) e competenza (art 22).

In particolare, nella Sezione I, la Convenzione impegna le Parti firmatarie ad adottare le misure legislative e di altra natura atte a sanzionare come reati l'accesso illegale ad un sistema informatico, l'intercettazione senza autorizzazione, l'attentato all'integrità dei dati o di un sistema, l'abuso di apparecchiature, la falsificazione informatica, la frode informatica, la pornografia minorile ed i reati contro la proprietà intellettuale.

¹⁹⁰ PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 ss. e quivi 197.

Come chiarito anche dall'*Explanatory Report*¹⁹¹, tutte le fattispecie previste dalla Convenzione, ad eccezione di quelle in materia di diritto d'autore, richiedono che la loro commissione:

- i) sul piano soggettivo, sia posta in essere «*intentionally*», ovvero sia sorretta dal dolo, il cui contenuto, tuttavia, dovrà essere interpretato secondo le norme del diritto penale interno;
- ii) sul piano oggettivo, sia «*without right*», espressione a sua volta da interpretarsi sulla base dell'ordinamento nazionale¹⁹².

Si applicano in generale a tutte le fattispecie previste dalla Convenzione anche le seguenti disposizioni della Convenzione: l'art. 11, che stabilisce che debbano essere considerati reati anche la complicità ed il tentativo di commettere i reati sopra indicati; l'art. 12, che impone agli Stati parte di adottare le misure legislative e ogni altra misura atta a prevedere responsabilità delle persone giuridiche per i reati in commento e lascia ai Paesi firmatari la libertà di decidere se la responsabilità delle persone giuridiche sia da ritenersi penale, civile o amministrativa, in base ai principi giuridici dell'ordinamento interno; l'art. 13, che stabilisce che le sanzioni – anche quelle comminate alle persone giuridiche – debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive, codificando pertanto anche a livello pattizio il principio di proporzionalità tra reati e pene, conformemente a quanto sancito anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana che, in applicazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3, comma 1, della Costituzione, «esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, affinché il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla

¹⁹¹ Accessibile all'indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>.

¹⁹² Si legge al punto 38 dell'*Explanatory Report*: «*A specificity of the offences included is the express requirement that the conduct involved is done "without right". It reflects the insight that the conduct described is not always punishable per se, but may be legal or justified not only in cases where classical legal defences are applicable, like consent, self defence or necessity, but where other principles or interests lead to the exclusion of criminal liability. The expression "without right" derives its meaning from the context in which it is used. Thus, without restricting how Parties may implement the concept in their domestic law, it may refer to conduct undertaken without authority (whether legislative, executive, administrative, judicial, contractual or consensual) or conduct that is otherwise not covered by established legal defences, excuses, justifications or relevant principles under domestic law. The Convention, therefore, leaves unaffected conduct undertaken pursuant to lawful government authority (for example, where the Party's government acts to maintain public order, protect national security or investigate criminal offences). Furthermore, legitimate and common activities inherent in the design of networks, or legitimate and common operating or commercial practices should not be criminalised. Specific examples of such exceptions from criminalisation are provided in relation to specific offences in the corresponding text of the Explanatory Memorandum below. It is left to the Parties to determine how such exemptions are implemented within their domestic legal systems (under criminal law or otherwise)*».

funzione di difesa sociale e a quella di tutela della posizioni individuali» e non cagioni «all'individuo e alla società danni sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti con al tutela dei beni e dei valori offesi»¹⁹³.

I singoli reati cibernetici definiti dalla Convenzione sono ripartiti in quattro titoli, dedicati rispettivamente ai reati contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati e sistemi informatici, i reati informatici "classici", i reati relativi al contenuto della comunicazione ed i reati relativi alle violazioni del diritto d'autore.

Le due categorie da ultimo citate rappresentano i soli casi di reati non specificamente informatici, che in Internet hanno acquisito «una peculiare potenzialità offensiva per gli interessi tutelati, legata alla facilità e rapidità di comunicazione, riproduzione, trasmissione e diffusione in ambito globale»¹⁹⁴, ma rimangono realizzabili anche al di fuori delle reti informatiche e telematiche, a prescindere dall'utilizzo delle tecnologie informatiche e telematiche quale mezzo tipico di commissione del reato ed altresì a prescindere dall'avere il reato quale oggetto passivo dati, programmi o sistemi informatici.

Per quanto attiene allo specifico oggetto di questo studio, il Titolo 3, che consta del solo art. 9 rubricato «*Offences related to child pornography*», con l'intento di contrastare l'enorme diffusione della pedofilia su Internet¹⁹⁵, contempla diverse fattispecie incriminatrici cui sono connesse differenziate opzioni di adeguamento da parte degli Stati firmatari in ragione della rilevanza penale del fatto. L'art. 9, contiene peraltro le definizioni di "minore" come soggetto che non ha compiuto il diciottesimo anno d'età (o almeno il sedicesimo, se così stabilito dallo Stato parte) (comma 3) e di "pornografia minorile" come materiale pornografico che rappresenta il minore impegnato in un comportamento sessuale esplicito, ma anche una persona che appaia come un minore impegnata in un comportamento sessuale esplicito (c.d. "pornografia apparente") o immagini realistiche rappresentati un minore impegnato in un comportamento sessuale esplicito (c.d. "pornografia virtuale") (comma 4). Si noti, in merito, che, in relazione alla pornografia apparente e alla pornografia virtuale, è consentito agli Stati parte non

¹⁹³ Così la Relazione governativa al disegno di legge sulla ratifica della Convenzione di Budapest, che cita la Corte costituzionale.

¹⁹⁴ PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 ss. e quivi 201.

¹⁹⁵ MORALES GARCÍA O., *La politica criminale nel contesto tecnologico. Una prima approssimazione alla convenzione del Consiglio d'Europa sul cyber-crime*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004, 123 ss. e quivi 136 ss.

contemplare, in tutto o in parte, tali fattispecie all'interno dei propri ordinamenti giuridici (comma 4). Tale diversità di disciplina discende – secondo quanto si legge nell'*Explanatory Report* – dalla diversità dei beni giuridici protetti: non si tratterebbe, nelle due fattispecie da ultimo citate, della tutela del minore contro lo sfruttamento sessuale, bensì dell'esigenza di proteggere il minore da comportamenti suscettibili di incoraggiare o reclutare i bambini ai fini dello sfruttamento sessuale per la produzione di materiale pornografico, nel quadro di una sottocultura favorevole al loro sfruttamento (difetterebbe il danno diretto al minore, in quanto il soggetto rappresentato potrebbe non essere un minore "reale").

Le fattispecie previste dall'art. 9 della Convenzione sono specificamente le seguenti:

- i) la produzione di pornografia minorile in vista della sua diffusione tramite un sistema informatico e la diffusione o trasmissione di pornografia minorile tramite un sistema informatico: per tali fattispecie è previsto l'obbligo dello Stato parte della Convenzione di prevederne l'incriminazione, anche a titolo di tentativo (art. 11, comma 2), senza che sia consentito formulare alcuna opzione o riserva;
- ii) l'offerta o messa a disposizione di pornografia minorile tramite un sistema informatico, per la quale è esclusa la punibilità a titolo di tentativo, considerata assorbita dall'anticipazione del momento consumativo con l'incriminazione autonoma della "messa a disposizione";
- iii) il procurarsi o procurare ad altri pornografia minorile tramite un sistema informatico e possedere pornografia minorile in un sistema informatico o in un mezzo di memorizzazione di dati informatica: tali fattispecie non sono punibili a titolo di tentativo e la loro incriminazione è suscettibile di riserva da parte di ciascuno Stato parte¹⁹⁶.

Sulla base dell'analisi di tali fattispecie, si è sottolineato in dottrina come la Convenzione di Budapest «alla luce delle difficoltà per la punizione di alcune condotte di maggior potenziale lesivo e atteso che non contiene precetti penali ma solo "raccomandazioni" agli Stati affinché incorporino le norme penali nel loro ordinamento interno, adottò una proposta amplissima in materia, in tutta la sua dimensione

¹⁹⁶ Per un commento, v. SARZANA DI S'IPPOLITO C., *Informatica, Internet e diritto penale*, Milano, 2003, 412-413.

(indicazione del concetto di pornografia e delle situazioni che la configurano, così come indicazione delle condotte legate alla stessa)»¹⁹⁷.

La Sezione II del Capitolo II è dedicata al diritto processuale ed ha una portata generale, in quanto si applica per espressa previsione, oltre che ai reati definiti nella Sezione I, anche a qualunque reato commesso a mezzo di un sistema informatico, nonché nel caso in cui la prova del reato sia sotto forma elettronica (art. 14).

In tale sezione, sono delineate le disposizioni comuni e le norme di tutela applicabili in relazione a tutte le disposizioni contenenti misure procedurali previste nel Capitolo II e sono definite le misure procedurali relative ai reati cibernetici in senso proprio previsti dalla Convenzione. In particolare, la Convenzione richiede l'introduzione della misura degli «ordini» – nei confronti di chi detiene i dati, e pertanto soprattutto dei *provider* – di conservazione rapida di dati informatici immagazzinati in sistemi informatici, di divulgazione rapida di dati estrinseci relativi al traffico, di ingiunzione di produrre dati, anche relativi agli abbonati, di perquisizione (o accesso similare) e sequestro (con copia, inalterabilità o rimozione di dati, e obbligo di collaborazione da parte degli operatori del sistema), di raccolta in tempo reale di dati relativi al traffico e al contenuto, associati a comunicazioni attraverso un sistema informatico, di intercettazione dei dati relativi al contenuto.

L'art. 22 della Convenzione, che costituisce la Sezione III del Capitolo II, contiene la disciplina in materia di giurisdizione. La Convenzione prevede che ciascuno Stato parte adotti le misure legislative o di altri tipo necessarie a stabilire la propria competenza in relazione ai reati cibernetici in essa definiti, qualora l'indagine sia iniziata nel proprio territorio (c.d. principio di territorialità) o a bordo di una nave battente la propria bandiera o da un proprio cittadino se il reato è punito penalmente laddove è stato commesso o se il reato non appartiene alla giurisdizione penale di altri Stati. Peraltro, ciascuno Stato può riservarsi il diritto di non applicare, in specifici casi o in determinate condizioni, le prime due regole di competenza citate. In base alla Convenzione, i Paesi parte devono inoltre adottare le misure necessarie a stabilire la competenza relativamente ai reati menzionati dalla norma e puniti con pene privative della libertà per un periodo massimo di almeno un anno o di pena più severa, quando il presunto

¹⁹⁷ MORALES GARCÍA O., *La politica criminale nel contesto tecnologico. Una prima approssimazione alla convenzione del Consiglio d'Europa sul cyber-crime*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, 123 ss. e quivi 137.

autore della condotta criminosa è presente sul loro territorio e non può essere estradato, soltanto in base alla sua nazionalità, dopo una domanda di estradizione. Infine, qualora più Paesi firmatari rivendichino la propria competenza in relazione ad uno dei reati previsti dalla Convenzione, è stabilito che debba procedersi ad una consultazione tra gli Stati coinvolti al fine di individuare Paese che “meglio” può esercitare l’azione penale.

Alla luce delle disposizioni esaminate, emerge chiaramente come la Convenzione di Budapest abbia inteso garantire uno *standard* minimo di tutela all’interno degli ordinamenti giuridici degli Stati firmatari dei beni giuridici offesi dai crimini informatici, nonché una comunanza di base delle strategie di contrasto del fenomeno.

Per quanto concerne il Capitolo III, esso si apre con l’art. 23, che sancisce i tre principi generali in materia di cooperazione internazionale, che: a) deve essere fornita nella misura più ampia possibile; b) deve essere estesa a tutti i reati relativi ai sistemi e ai dati informatizzati¹⁹⁸ e c) deve rispettare non soltanto le disposizioni della Convenzione, ma anche essere conforme agli accordi internazionali in materia.

La Convenzione mira a creare i presupposti per una cooperazione internazionale nelle indagini, nei procedimenti per reati informatici e nella raccolta di prove in formato elettronico, continua e stingente, capace di una risposta pronta ed efficace, risultando ciò indispensabile in particolare in relazione all’azione di contrasto dei *cybercrime*, considerate l’istantaneità e la sovranazionalità connaturate a tali reati. A tal fine, la Convenzione in esame prevede una serie di strumenti ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto interno o da altri trattati; quando non soccorrano altri trattati internazionali, pertanto, la Convenzione viene a costituire la base per la cooperazione internazionale nel suddetto ambito.

Per quanto riguarda l’extradizione, l’art. 24 ne consente l’applicazione ai reati previsti dagli artt. 2-11 della Convenzione, ma solo se essi sono punibili in base alla legge di

¹⁹⁸ Nel corso dei lavori preparatori della Convenzione, il gruppo dei garanti europei per la *privacy* aveva formulato il parere n. 4/2001 adottato il 22 marzo 2001 (accessibile all’indirizzo <http://www.privacy.it/gruppareri200104.html>), in cui evidenziava alcune criticità circa la rispondenza del progetto in discussione ai principi sanciti dalla Convenzione del Consiglio d’Europa in materia di protezione dei dati personali (108/1981) e nei successivi strumenti adottati in materia; in particolare, il gruppo sottolineava come l’armonizzazione dei diritti processuali penali nazionali e le attività di cooperazione internazionale in materia penale implicanti lo scambio di dati personali (traffico telefonico, telematico, registrazione di comunicazioni, ecc.) non risultassero sempre previste in relazione esclusivamente alla criminalità informatica. Le istanze dei garanti europei per la *privacy* sono state recepite solo in parte dal testo definitivo della Convenzione (v. *Il Garante: suggerimenti recepiti solo in parte*, tratto dalla Newsletter del Garante n. 104 del 19-25 novembre 2001, 27 novembre 2001, accessibile all’indirizzo <http://www.interlex.it/675/cybercr.htm>).

entrambi gli stati parte con la privazione della libertà per almeno un anno, o con una pena più severa (se esiste un trattato di estradizione tra le parti o un accordo che lo prevede, ci si deve riferire alla pena in esso prevista).

Quanto alla mutua assistenza, gli artt. 25-35 stabiliscono alcuni importanti principi in materia, nonché applicazioni volte a rendere più rapide ed agevoli le relative iniziative. Sono previsti, tra gli altri: la possibilità per uno Stato parte di fornire informazioni spontanee ottenute nell'ambito di proprie indagini; la diretta trasmissione delle richieste tra autorità giudiziarie in caso di urgenza anche tramite l'Interpol; la conservazione rapida di dati presenti in un sistema informatico localizzato nel territorio dello Stato richiesto nei cui confronti lo Stato richiedente intende avanzare una richiesta di mutua assistenza per la perquisizione o il sequestro o mezzi simili, o ancora per la divulgazione dei dati; la divulgazione rapida di dati di traffico, qualora nell'effettuare la conservazione rapida di dati lo Stato richiesto si avveda che è coinvolto nel fatto della trasmissione della comunicazione un *service provider* di un altro Stato, al fine di consentire l'individuazione del fornitore e della via attraverso la quale la comunicazione è stata effettuata.

L'art. 32 della Convenzione prevede inoltre che uno Stato parte possa accedere ai dati disponibili al pubblico ovunque questi si trovino, anche senza l'autorizzazione di un altro Stato parte, ed anche ai dati situati in un altro Stato, attraverso un sistema informatico localizzato nel proprio territorio e previo in tal caso consenso legale e volontario della persona legalmente autorizzata a divulgare i dati allo Stato mediante tale sistema informatico¹⁹⁹.

Per agevolare una risposta realmente rapida alla richiesta di dati necessaria alle autorità preposte per indagare sui crimini cibernetici, l'art. 35 introduce l'obbligo degli Stati di designare un punto di contatto disponibile ventiquattro ore su ventiquattro e sette giorni su sette, che permetta di assicurare un'assistenza immediata per le indagini relative a

¹⁹⁹ Cfr. in merito a questa norma, SELVAGGI E., *Cooperazione giudiziaria veloce ed efficace, Task force operativa 24 ore al giorno*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 72 ss., che ha sottolineato come la disposizione potrebbe porsi in conflitto con i principi generali che regolano l'assistenza giudiziaria internazionale, in quanto la ricerca diretta nel territorio del diverso Stato parte ove i dati sono accessibili sarebbe suscettibile di essere considerata una violazione della sovranità da parte dello Stato interessato nel cui territorio si trova il *provider*. L'*Explanatory Report*, secondo l'Autore, sarebbe laconico sul punto ma lascerebbe intendere che i redattori avevano pensato non già alla possibilità tecnica di accesso, bensì alla rimozione di un ostacolo (Punto 293).

reati connessi a sistemi e dati informatici, o per la raccolta di prove in formato elettronico di un reato (c.d. “Rete 24/7”).

Alla luce degli strumenti di diritto internazionale esaminati risulta evidente come, a livello europeo e internazionale, si sia inteso progressivamente riconoscere ai minori una tutela specifica, con misure di varia natura sempre più stringenti, in particolare contro gli aberranti crimini di sfruttamento sessuale ed abuso.

Sotto diverso profilo, inoltre, si deve osservare come il diritto internazionale penale che storicamente rappresenta il prodotto della convergenza degli aspetti internazionali del diritto penale nazionale e degli aspetti penali del diritto internazionale ed il cui oggetto e limiti sono costituiti proprio dai diritti fondamentali²⁰⁰ ha portato ad una costante ed inarrestabile penetrazione degli illeciti enucleati nelle convenzioni internazionali all'interno dei diritti penali nazionali, attraverso il recepimento ad opera delle leggi di ratifica adottate dagli Stati degli obblighi di incriminazione penale e di cooperazione internazionale progressivamente dettati ai fini di una più efficace repressione penale con particolare riferimento ai crimini aventi carattere transnazionale²⁰¹. Gli strumenti multilaterali pattizi, infatti, hanno previsto una serie di fattispecie criminose (c.d. “*treaty crimes*”) che entrano a far parte degli ordinamenti penali nazionali in quanto ne impongono – sul piano degli obblighi internazionali – il recepimento nel diritto interno. Alla luce di ciò, può dirsi che «La necessità per gli Stati di cooperare sempre più strettamente su vari fronti, compreso quello della giustizia penale e della repressione del crimine, operando attraverso processi e agenzie dotati di una relativa autonomia rispetto al monolitismo governativo, sta facendo crescere una dimensione del diritto internazionale che tende ad integrare nel discorso internazionalistico elementi che confliggono con la sua classica impostazione intergovernativa, ma che nondimeno sono avvertiti come inevitabili adattamenti ad un nuovo e più moderno assetto della sovranità»²⁰².

²⁰⁰ PICOTTI L., *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2003, 259 ss.

²⁰¹ In tema, v. PISANI M., *La “penetrazione” del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1979, 5 ss.

²⁰² DE STEFANI P., *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani*, in *Quaderni dell'Università di Padova*, 2000, 1, 23 ss

4 L'ordinamento comunitario e la tutela dei diritti dei minori nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale (c.d. "terzo pilastro") e nelle relazioni con i Paesi terzi

4.1 I diritti dei bambini nei trattati e l'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Venendo all'ordinamento comunitario, l'Unione europea ha sempre proclamato il proprio impegno per la promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui i diritti dei minori sono parte integrante.

Pur non avendo l'Unione europea una competenza generale nel settore dei diritti fondamentali e dei diritti dei minori²⁰³, tuttavia, in base a quanto previsto dal Trattato sull'Unione europea, essa è tenuta a rispettare i diritti fondamentali nelle azioni intraprese nel quadro delle sue competenze. Dispone infatti l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che:

«1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

²⁰³ V. art. 51, par. 2, Carta dei diritti fondamentali; in giurisprudenza, Corte di Giustizia, parere 2/94, 1996 ECR I-759.

L'Unione europea e gli Stati membri sono tenuti a rispettare tali diritti in virtù dei trattati europei ed internazionali²⁰⁴ in vigore.

In ambito europeo ci si avvede ben presto che il venire meno delle frontiere interne e dei relativi controlli, unitamente alla liberalizzazione dei mercati e dei movimenti di persone, capitali, merci e servizi, se, da un lato, rappresenta un'enorme opportunità di progresso economico e sociale per i cittadini europei, dall'altro, è suscettibile di essere sfruttato per fini illeciti dalle organizzazioni criminali e può favorire lo sviluppo transnazionale del crimine e la nascita di nuovi fenomeni delittuosi.

Da qui, la presa d'atto della necessità di adottare misure, anche nel settore della giustizia penale, tali da arginare le nuove opportunità criminali venutesi a creare con la realizzazione del mercato unico europeo e l'abolizione delle frontiere interne.

La consapevolezza di tale possibile risvolto del mercato unico matura già all'epoca della conclusione degli Accordi di Schengen (14 giugno 1985), quando, all'abolizione dei controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne tra gli Stati-parti, corrisponde l'adozione di una serie di misure di cooperazione di polizia e giudiziaria, nel tentativo di compensare per l'appunto il *deficit* di sicurezza che ne sarebbe derivato.

Successivamente, la prevenzione e la repressione dei reati contro i minori viene ad inserirsi nel quadro della cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri dell'Unione prevista dal Titolo VI del Trattato sull'Unione europea (art. 29 ss.) e l'obiettivo si concentra progressivamente intorno alle forme di abuso che si ricollegano allo sfruttamento sessuale e alla pornografia infantile.

Infatti, il Trattato di Maastricht (c.d. "Trattato sull'Unione europea", entrato in vigore il 1 novembre 1993), che istituisce l'Unione europea, la fonda su "tre pilastri"²⁰⁵, di cui il terzo (di cui al Titolo VI) riguarda la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (CGAI) e mira ad offrire ai cittadini un livello elevato di protezione in uno

²⁰⁴ Tra questi, anche la Dichiarazione del Millennio adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, 55a sessione, 18 settembre 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf>.

²⁰⁵ Il primo pilastro è costituito dalle Comunità europee e concerne i settori in cui gli Stati membri esercitano congiuntamente la propria sovranità attraverso le istituzioni comunitarie. Il secondo pilastro instaura la Politica estera e di sicurezza comune (PESC) (titolo V del Trattato sull'Unione europea) e prevede, invece, così come il terzo pilastro, un processo decisionale intergovernativo, che fa ampiamente ricorso all'unanimità, nel quale la Commissione e il Parlamento svolgono un ruolo modesto; inoltre, la PESC non rientra nella giurisdizione della Corte di giustizia

spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁰⁶; il processo decisionale nell'ambito del terzo pilastro, tuttavia, stante la stretta connessione tra il settore del diritto penale e la sovranità statale, è disciplinato secondo il metodo intergovernativo²⁰⁷.

Tuttavia, solo con il Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1 maggio 1999), l'Unione europea prefigge per la prima volta esplicitamente l'obiettivo di perseguire il mantenimento e lo sviluppo al proprio interno di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della

²⁰⁶ Articolo K.1, Trattato sull'Unione europea:

«Ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità europea, gli Stati membri considerano questioni di interesse comune i settori seguenti:

- 1) la politica di asilo;
- 2) le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli;
- 3) la politica d'immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi: a) le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri; b) le condizioni di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri, compresi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione; c) la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri;
- 4) la lotta contro la tossicodipendenza, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7), 8) e 9);
- 5) la lotta contro la frode su scala internazionale, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7), 8) e 9);
- 6) la cooperazione giudiziaria in materia civile;
- 7) la cooperazione giudiziaria in materia penale;
- 8) la cooperazione doganale;
- 9) la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale, compresi, se necessario, taluni aspetti di cooperazione doganale, in connessione con l'organizzazione a livello dell'Unione di un sistema di scambio di informazioni in seno ad un Ufficio europeo di polizia (Europol)».

²⁰⁷ Dispone l'art. K.3:

«1. Nei settori di cui all'articolo K.1, gli Stati membri si informano e si consultano reciprocamente, in seno al Consiglio, per coordinare la loro azione; essi instaurano a tal fine una collaborazione tra i servizi competenti delle loro amministrazioni.

2. Il Consiglio può, su iniziativa di qualsiasi Stato membro o della Commissione nei settori di cui ai punti da 1) a 6) dell'articolo K.1, su iniziativa di qualsiasi Stato membro nei settori di cui ai punti 7), 8) e 9) dell'articolo K.1:

- a) adottare posizioni comuni e promuovere, nella forma e secondo le procedure appropriate, ogni cooperazione utile al conseguimento degli obiettivi dell'Unione;
- b) adottare azioni comuni, nella misura in cui gli obiettivi dell'Unione, data la portata o gli effetti dell'azione prevista, possono essere realizzati meglio con un'azione comune che con azioni dei singoli Stati membri; esso può decidere che le misure di applicazione di un'azione comune siano adottate a maggioranza qualificata;
- c) fatto salvo il disposto dell'articolo 220 del trattato che istituisce la Comunità europea, elaborare convenzioni di cui raccomanderà l'adozione da parte degli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme costituzionali.

Salvo disposizioni contrarie previste da tali convenzioni, le eventuali misure di applicazione di queste ultime sono adottate in seno al Consiglio a maggioranza dei due terzi delle Alte Parti Contraenti.

Le convenzioni possono prevedere che la Corte di giustizia sia competente per interpretarne le disposizioni e per comporre le controversie connesse con la loro applicazione, secondo modalità che saranno precisate dalle medesime convenzioni».

cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia» (art. 1²⁰⁸), obiettivo da realizzarsi «prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo» ed una serie di altri reati più gravi a tipica valenza transnazionale.

Con il Trattato di Amsterdam, l'Unione si dota di tale chiaro ed importante obiettivo strategico, del tutto assente nel Trattato del 1993, e, in quest'ottica, pone «una base giuridica finalmente chiara ed univoca per fondare un intervento dell'Unione avente ad oggetto non soltanto la cooperazione tra le autorità giudiziarie e di polizia ma anche l'armonizzazione delle fattispecie incriminatrici e delle relative sanzioni»²⁰⁹.

Istituzionalizzata dal Trattato di Maastricht, la cooperazione tra gli Stati membri al fine della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, viene dunque ulteriormente intensificata con il Trattato di Amsterdam, che “comunitarizza” alcuni dei settori originariamente rientranti nel terzo pilastro (in particolare le materie dell'immigrazione, dell'asilo, del controllo delle frontiere e la cooperazione giudiziaria in materia civile), spostandoli nell'ambito del primo pilastro (nel terzo pilastro residua la sola «cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale»), e rafforzato le competenze e gli strumenti di intervento nel settore della giustizia penale²¹⁰.

²⁰⁸ L'art. K.1 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dall'art. 1, punto 11, del Trattato di Amsterdam, dispone:

«Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante:

- una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio europeo di polizia (Europol), a norma degli articoli K.2 e K.4;
- una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, a norma degli articoli K.3, lettere da a) a d) e K.4;
- il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo K.3, lettera e)».

²⁰⁹ SALAZAR L., *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. Nell'ambito del nuovo terzo pilastro viene sicuramente ampliato il raggio d'azione della cooperazione tra gli Stati, in quanto la materia oggetto della cooperazione è estesa anche al ravvicinamento delle norme sostanziali dei diritti penali nazionali; l'art. K.3 lett. e) prevede, infatti, «la progressiva adozione di misure per la fissazione di *norme minime* relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni», anche se entro ambiti prioritari e ben determinati (terrorismo, criminalità organizzata, traffico illecito di stupefacenti).

²¹⁰ Cfr. SALAZAR L., *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

A pochi mesi dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, le innovazioni apportate nell'ambito della cooperazione intergovernativa e le potenzialità offerte dal nuovo terzo pilastro ricevono conferma ed impulso politico ad opera del Consiglio europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999), che propone una serie di incisive misure in relazione alle tematiche della giustizia e degli affari interni e lo fa, per la prima volta, nel quadro di un disegno politico organico finalizzato alla creazione di uno spazio libero di sicurezza e giustizia²¹¹.

Il documento contenente le conclusioni di Tampere definisce un programma – si ribadisce, di contenuto politico, più che giuridico – cui dovranno attenersi le future azioni dell'Unione europea in tre settori: la politica comune di asilo e immigrazione, la creazione di un effettivo spazio giuridico europeo e la lotta alla criminalità organizzata.

ss., che sottolinea come vi sia stata un'innovazione di rilievo sul piano degli strumenti giuridici del terzo pilastro, con l'abbandono delle "azioni comuni" a favore delle "decisioni comuni". Ai sensi dell'art. 34 del modificato Trattato sull'Unione europea, gli strumenti normativi del terzo pilastro divengono i seguenti: "posizioni comuni", volte a definire gli orientamenti dell'Unione europea in materia; "decisioni quadro", da utilizzarsi al fine del ravvicinamento delle legislazioni, vincolanti quanto ai risultati da ottenere, ma non quanto alle forme e ai mezzi per perseguirli, e comunque prive di efficacia diretta; "decisioni", da utilizzarsi per scopi diversi dal ravvicinamento, vincolanti, ma prive di efficacia diretta; "convenzioni", di cui si raccomanda l'adozione agli Stati membri. Altra innovazione di rilievo concerne il rafforzamento del ruolo della Commissione, del Parlamento europeo e della Corte di Giustizia nell'ambito del terzo pilastro. In particolare, la Commissione si è vista dotare di un potere di iniziativa concorrente con quello degli Stati membri, mentre il Parlamento ha acquisito il diritto ad una consultazione sistematica su ogni proposta normativa pur senza alcun concreto potere di co-decisione; la Corte di giustizia, invece, ha acquisito la competenza a pronunciarsi in materia di questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli strumenti del terzo pilastro e di risoluzione dei conflitti sull'applicazione degli stessi.

²¹¹ Cfr. SALAZAR L., *La costituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, 114 ss., che sottolinea come il «convitato di pietra al vertice di Tampere e grande assente delle conclusioni» è pubblico ministero europeo, seppur contenuto all'interno dell'originario progetto di conclusioni (ma poi non recepito nel testo definitivo) e previsto dal *Corpus juris per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*. Quest'ultimo rappresenta il primo progetto concreto per la creazione di un diritto penale comune europeo, seppur limitato all'ambito della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Elaborato su iniziativa della Direzione generale XX della Commissione della Comunità europea su richiesta del Parlamento europeo e compiuto dal novembre 1995 al maggio 1996 da alcuni ricercatori dell'Associazione dei Giuristi europei per la protezione degli interessi finanziari della Comunità provenienti da diversi Stati membri, presieduti da Mireille Delmas-Martye, è stato recepito dal Parlamento europeo, all'unanimità, nei termini di cui alla Risoluzione sulla creazione di uno spazio giuridico e giudiziario europeo per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea contro la criminalità di dimensione internazionale del 12 giugno 1997 (accessibile all'indirizzo <http://www.camera.it/dati/leg13/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/xii/145.pdf>). Il progetto, privo di qualsivoglia efficacia giuridica vincolante, è stato realizzato a conclusione di una ricerca dedicata allo spazio giudiziario europeo, la cui costituzione rientra negli obiettivi del terzo pilastro, e si presenta come un complesso organico di norme che creano un sia pur ridotto sistema penale comunitario relativamente alla tutela degli interessi fondamentali dell'Unione europea. Successivamente, sulla base delle critiche e del dibattito svoltosi intorno al *Corpus juris*, si è giunti ad una modifica di alcuni articoli del progetto ed alla redazione del *Corpus juris* 2000. In merito, cfr. AA.VV., *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus juris contenete le disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di SICURELLA R., Milano, 1997.

Nell'ambito del secondo settore, per quanto riguarda il diritto penale, il Consiglio invita gli Stati membri a non dilazionare ancora la ratifica delle convenzioni dell'Unione europea in materia di estradizione del 1995 e del 1996 e la loro incondizionata applicazione, ed auspica la sostituzione della procedura in essere con una più accelerata, basata su un semplice trasferimento che dovrebbe portare all'introduzione nel futuro del mandato di arresto europeo.

Nell'ambito invece della lotta contro la criminalità organizzata, viene deciso l'ampliamento delle competenze di Europol²¹² alla lotta al terrorismo, riciclaggio, traffico d'armi e droga, e la creazione – entro il 2001 – di un'unità, chiamata Eurojust, composta di pubblici ministeri, magistrati o funzionari di polizia di pari competenza, distaccati da ogni Stato membro in conformità del proprio sistema giuridico, con il compito di agevolare il coordinamento delle autorità nazionali nelle indagini penali²¹³. Inoltre, si stabilisce di procedere altresì alla definizione comune di taluni reati e delle relative sanzioni, partendo da alcuni settori ritenuti prioritari: la criminalità finanziaria, il traffico di droga, la tratta degli esseri umani (e in particolare lo sfruttamento delle donne), lo sfruttamento sessuale dei minori, la criminalità ad alta tecnologia e la criminalità ambientale.

Il 29 Maggio 2000, si tiene a Bruxelles il Consiglio Giustizia e Affari generali, che riunisce i Ministri della Giustizia e degli Interni dell'Unione europea. Nel corso di tale Consiglio, sono adottate una serie di importanti decisioni che imprimono una forte accelerazione al processo di costruzione di uno spazio giudiziario europeo. In

²¹² L'Ufficio europeo di polizia, Europol, è istituito nel 1992 con l'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione che istituisce un Ufficio europeo di polizia (c.d. "Convenzione Europol"). Il mandato di Europol è quello «di migliorare, nel quadro della cooperazione tra gli Stati membri ai sensi dell'articolo K. 1, punto 9 del trattato sull'Unione europea e mediante le misure menzionate nella presente convenzione, l'efficacia dei servizi competenti degli Stati membri e la loro cooperazione, al fine di prevenire e combattere il terrorismo, il traffico illecito di stupefacenti ed altre gravi forme di criminalità internazionale, purché esistano indizi concreti di una struttura o di un'organizzazione criminale e purché due o più Stati membri siano lesi dalle summenzionate forme di criminalità in modo tale da richiedere, considerate l'ampiezza, la gravità e le conseguenze dei reati, un'azione comune degli Stati membri» (art. 1, comma 1, della Convenzione). Europol ha sede all'Aja ed è costituito da un organico che comprende rappresentanti dei diversi servizi incaricati di far osservare le leggi (forze di polizia, polizia doganale, servizi per l'immigrazione, ecc.). La Convenzione Europol è stata ratificata dall'Italia con Legge 23 marzo 1998, n. 93 (G.U. 14 aprile 1998, n. 86).

²¹³ L'unità di cooperazione giudiziaria dell'Unione europea nasce in seguito alla Decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002 con lo scopo di promuovere il coordinamento di indagini e procedimenti giudiziari tra gli Stati membri dell'Unione europea nella loro azione di contrasto delle forme gravi di criminalità organizzata e transfrontaliera. L'Italia ha dato attuazione alla sopra citata Decisione con Legge 14 marzo 2005, n. 41, recante «Disposizioni per l'attuazione della decisione 2002/187/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 febbraio 2002, che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità» (G.U. del 29 marzo 2005, n. 72).

particolare, viene adottata la Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale (a norma dell'art. 34 del Trattato sull'Unione europea), cui si lavorava da ben quattro anni per l'insorgere di molti contrasti tra la posizione degli Stati membri e quella del Parlamento europeo, e che è entrata in vigore dal 1 gennaio 2001. Il dato di maggior rilievo è rappresentato dalla circostanza che la nuova normativa, che sostituisce quella del 1959, ormai superata a causa delle trasformazioni del crimine organizzato e della diversificazione dei settori in cui opera, diviene finalmente un testo comunitario e non più meramente intergovernativo.

4.1.1 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, stilata il 26 settembre 2000 dalla Convenzione dei 62²¹⁴ ed approvata al vertice di Nizza, tenutosi nei giorni 7,8 e 9 dicembre 2000²¹⁵, l'Unione europea riconosce, riunendoli in un unico testo, i diritti civili, politici, economici e sociali fino a quel momento enunciati in fonti diverse, internazionali, europee e nazionali²¹⁶.

²¹⁴ Si tratta dell'organo creato *ad hoc* su mandato del Consiglio europeo per la sua redazione; esso è composto da quindici rappresentanti degli Stati membri, sedici deputati del Parlamento europeo, trenta rappresentanti dei Parlamenti nazionali, un commissario europeo, responsabile della giustizia.

²¹⁵ Accessibile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

²¹⁶ La Carta comprende un Preambolo introduttivo e cinquantaquattro articoli, suddivisi in sette capi: Capo I: *Dignità* (dignità umana, diritto alla vita, diritto all'integrità della persona, proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, proibizione della schiavitù e del lavoro forzato); Capo II: *Libertà* (diritto alla libertà e alla sicurezza, rispetto della vita privata e della vita familiare, protezione dei dati di carattere personale, diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, libertà di pensiero, di coscienza e di religione, libertà di espressione e d'informazione, libertà di riunione e di associazione, libertà delle arti e delle scienze, diritto all'istruzione, libertà professionale e diritto di lavorare, libertà d'impresa, diritto di proprietà, diritto di asilo, protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione); Capo III: *Uguaglianza* (uguaglianza davanti alla legge, non discriminazione, diversità culturale, religiose e linguistica, parità tra uomini e donne, diritti del bambino, diritti degli anziani, inserimento dei disabili); Capo IV: *Solidarietà* (diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, diritto di negoziazione e di azioni collettive, diritto di accesso ai servizi di collocamento, tutela in caso di licenziamento ingiustificato, condizioni di lavoro giuste ed eque, divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro, vita familiare e vita professionale, sicurezza sociale e assistenza sociale, protezione della salute, accesso ai servizi d'interesse economico generale, tutela dell'ambiente, protezione dei consumatori); Capo V: *Cittadinanza* (diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo, diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali, diritto ad una buona amministrazione, diritto d'accesso ai documenti, mediatore, diritto di petizione, libertà di circolazione e di soggiorno, tutela diplomatica e consolare); Capo VI: *Giustizia* (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, presunzione di innocenza e diritti della difesa, principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato); Capo VII: *Disposizioni generali*.

Una parte rilevante delle disposizioni della Carta è espressamente dedicata ai diritti dei bambini.

In particolare, l'art. 24 sancisce il diritto dei bambini alla protezione ed alle cure necessarie per il loro benessere, la loro libertà di esprimere la propria opinione, la preminenza del loro interesse superiore negli atti compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private ed il loro diritto di intrattenere relazioni personali e contatti diretti con i genitori qualora ciò non sia contrario al loro interesse²¹⁷.

L'Unione europea assume anche il dovere generale di astenersi da qualsiasi atto che possa comportare la violazione di tali diritti, nonché quello di integrare i diritti medesimi quando opportuno nelle politiche attuate in virtù delle diverse basi giuridiche contenute nei trattati (c.d. "mainstreaming"), posto peraltro che i trattati attribuiscono all'Unione diverse competenze particolari che le consentono di adottare azioni positive specifiche per la salvaguardia e la promozione dei diritti dei minori, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

4.1.2 La Costituzione per l'Europa ed il Trattato di Lisbona

Il 29 ottobre 2004 viene sottoscritto a Roma il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa²¹⁸.

In relazione al tema oggetto di questo studio, si deve evidenziare come il testo della Costituzione europea compie importantissimi progressi in materia di giustizia e affari interni²¹⁹, e segna un «vistosissimo passo in avanti nel processo di europeizzazione del diritto penale, in particolare assoggettando al metodo comunitario gli strumenti attuativi della politica criminale europea»²²⁰.

La Parte II della Costituzione riproduce al suo interno la Carta dei diritti fondamentali già solennemente proclamata a Nizza nel dicembre 2001 e, nel Preambolo, pone la persona al centro dell'azione dell'Unione «istituendo la cittadinanza dell'Unione e

²¹⁷ Accessibile all'indirizzo <http://www.avvenireuropa.it/Avvenireuropa/UserFiles/267.pdf>.

²¹⁸ Hanno firmato la Costituzione i capi di Stato o di governo dei venticinque Paesi dell'Unione europea e i loro ministri degli esteri; Bulgaria, Romania e Turchia, in qualità di Paesi candidati, hanno firmato solo l'Atto finale, mentre la Croazia ha partecipato come osservatore.

²¹⁹ Per alcune considerazioni in merito, v. DE AMICIS G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, 3067 ss.

²²⁰ Così BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1157 ss.

creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia», che diviene un obiettivo chiave, da realizzarsi nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridici degli Stati membri.

È previsto inoltre espressamente – in sostanziale parafrasi dell'attuale art. 29 del Trattato sull'Unione europea – che l'Unione europea, in relazione alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri (art. I-14), si adoperi per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di contrasto della criminalità, del razzismo e della xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti.

Per quanto concerne in particolare la giustizia penale, abbandonato il sistema dei tre pilastri, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri, è per la prima volta fatta rientrare a pieno titolo tra le politiche e azioni interne, con una generalizzazione quasi completa del metodo comunitario, e la sostituzione degli attuali strumenti (posizioni comuni, decisioni, decisioni quadro, convenzioni) con le leggi e le leggi quadro adottate mediante la procedura legislativa ordinaria (potere legislativo comune del Parlamento e del Consiglio dei ministri e controllo da parte della Corte di giustizia), ad eccezione della procura europea (Titolo III, Parte III).

Il diritto d'iniziativa legislativa, nei settori della cooperazione giudiziaria penale e dei polizia, permane, quale eccezione al metodo comunitario, la regola del diritto di iniziativa condiviso tra Commissione e Stati membri (art. III-264), ma viene introdotto un *quorum* per la presentazione delle iniziative (un quarto degli Stati membri, vale a dire sette Paesi in un'Unione europea a 25 o a 27 Stati membri) al fine di promuovere una condivisione a livello europeo delle iniziative medesime (in precedenza, ai sensi dell'art. 34 del Trattato sull'Unione europea, ciascun singolo Stato membro poteva esercitare il diritto di iniziativa).

Per quanto attiene alle procedure decisionali, attualmente caratterizzate dalla preminenza dell'unanimità e dal ruolo secondario del Parlamento Europeo, ne viene prevista la sostituzione con la procedura legislativa ordinaria (regime di codecisione con il Parlamento europeo a maggioranza qualificata, da intendersi secondo il doppio criterio del 55% degli Stati membri, con un minimo di quindici, che rappresentino

almeno il 65% della popolazione dell'Unione europea), corredata da un meccanismo di c.d. “freno di emergenza”²²¹, al fine di superare il noto *deficit* democratico che ha tradizionalmente caratterizzato il settore GAI, ma permangono ciononostante alcune sacche sottoposte alla regola dell'unanimità.

Con riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale, ne è previsto un deciso rafforzamento attraverso il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e mediante l'agevolazione dell'adozione – solo nella misura del necessario e comunque nel rispetto delle differenze tra le tradizioni e i sistemi giuridici degli Stati membri – di «norme minime» relative all'armonizzazione dei diritti penali sostanziale²²² e processuali²²³ nazionali (trova così conferma la linea del c.d. “sistema del doppio binario”, già avviata dalle conclusioni di Tampere, che prevede che tale cooperazione si fondi sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed includa il ravvicinamento normativo). Il dato maggiormente innovativo è rappresentato tuttavia dalla possibilità per il Consiglio di adottare, all'unanimità, «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione» leggi quadro contenenti norme minime relative agli elementi costitutivi delle infrazioni penali e alle sanzioni applicabili (diritto penale sostanziale), qualora il ravvicinamento degli ordinamenti risulti «indispensabile» per garantire l'attuazione efficace di una

²²¹ In base a tale clausola, qualora uno Stato membro ritenga che un progetto di legge o di legge quadro incida sugli aspetti fondamentali del proprio ordinamento giudiziario penale, può adire il Consiglio europeo per porre fine alla procedura legislativa ordinaria. In seguito a discussione ed entro quattro mesi, il Consiglio europeo può scegliere se rinviare il progetto al Consiglio e ricominciare la procedura ordinaria oppure se chiedere alla Commissione o al gruppo di Stati membri che hanno presentato il progetto di ripresentarne uno nuovo. Se, dopo quattro mesi d'inattività del Consiglio europeo sul progetto iniziale o di dodici mesi di discussioni in seno al Consiglio sul nuovo progetto, la legge o legge quadro non è stata ancora adottata, un terzo degli Stati membri può far scattare una cooperazione rinforzata. La procedura è semplificata in quanto si ritiene che l'autorizzazione preliminare prevista dalle norme generali sia automaticamente concessa.

²²² In forza dell'art. III-271, l'Unione può definire le infrazioni penali e le sanzioni relative ad un elenco di reati gravi a carattere transfrontaliero in dieci settori: terrorismo, traffico di droga, criminalità organizzata (per la quale l'art. 31, par.1, lett. e) del Trattato sull'Unione europea prevede già l'adozione di norme minime), tratta degli esseri umani, sfruttamento sessuale delle donne e dei bambini, traffico d'armi, riciclaggio del denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica. Il Consiglio dei ministri può peraltro decidere di ampliare tale elenco, ma solo all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo.

²²³ I settori di intervento sono: l'ammissibilità reciproca delle prove (senza tuttavia la previsione di un'armonizzazione delle prove e della loro valutazione); i diritti della persona nella procedura penale; i diritti delle vittime (art. III-270), ma l'armonizzazione è possibile solo «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale».

politica dell'Unione in un settore già oggetto di misure di armonizzazione (criterio da applicarsi in particolare alla lotta al razzismo e alla xenofobia, alle frodi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione, all'evasione fiscale, ai crimini ambientali e alla falsificazione dell'Euro) (art. III-271, par. 2)²²⁴.

Per quanto concerne la prevenzione della criminalità, l'art. III-272 viene a costituire la base giuridica per adottare misure di incoraggiamento e di sostegno, pur non operando un ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari.

In relazione a Eurojust, ne vengono più dettagliatamente definiti struttura, funzionamento, sfera d'azione e i compiti (art. III-273), prevedendosi, tra l'altro, che, attraverso una ordinaria legge europea, e tenendo conto delle norme e pratiche nazionali relative all'avvio di indagini, le sue competenze possano includere l'avviare indagini penali, il proporre alle autorità nazionali di avviare l'azione penale e coordinare indagini e azioni condotte dalle autorità competenti (in particolare per le indagini relative a reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea). È prevista inoltre la possibilità di affidare ad Eurojust il compito di rafforzare la cooperazione giudiziaria anche attraverso la risoluzione degli eventuali conflitti di competenza tra le giurisdizioni degli Stati membri, previsione di particolare rilievo anche in relazione alla necessità di prevenire l'insorgere di ipotesi di *bis in idem*.

Di particolare rilievo risulta la disposizione di cui all'art. III-175, che può rappresentare la base giuridica per consentire al Consiglio di istituire, all'unanimità, una Procura europea, abilitata a combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e le cui competenze possono essere estese ai casi di «criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale».

Per quanto concerne la cooperazione in materia di polizia, ai sensi dell'art. III-275, il suo campo di applicazione risulta radicalmente modificato a seguito dell'abolizione dei tre pilastri, finendo per coincidere con quello di cui all'art. 30 del Trattato sull'Unione europea. Si prevede in particolare che «la legge o legge quadro europea può stabilire misure riguardanti: a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio

²²⁴ In merito, autorevole dottrina ha evidenziato come «Ciò significa in concreto venire finalmente a riconoscere esplicitamente all'Unione, pur circondandola di numerose cautele, quella competenza a legiferare anche in materia penale così a lungo negata alla Comunità ed assai controversa in seno alla stessa dottrina» (SALAZAR L., *La cooperazione giudiziaria, investigativa e finanziaria in materia di frodi comunitarie ed altri illeciti lesivi degli interessi finanziari della Comunità europea*, relazione all'incontro di studio sul tema «La protezione degli interessi finanziari della Comunità europea», Roma, 29 novembre 2004, accessibile all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/11011.pdf>).

delle pertinenti informazioni; b) un sostegno alla formazione del personale e la cooperazione relativa allo scambio di personale, alle attrezzature e alla ricerca in campo criminologico; c) le tecniche investigative comuni ai fini dell'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata». In tali casi, di cooperazione «non operativa», vige la regola della deliberazione a maggioranza qualificata, mentre in relazione alle leggi o leggi quadro con cui il Consiglio può stabilire misure riguardanti la cooperazione «operativa» tra le autorità di polizia o le condizioni e i limiti entro i quali le autorità competenti degli Stati membri possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo, permane la regola della deliberazione da parte del Consiglio all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

Anche l'art. III-276 riprende a sua volta quanto previsto dall'art. 30 del Trattato sull'Unione europea in merito a Europol, soggetto al controllo del Parlamento, in associazione coi parlamenti nazionali. L'ufficio vede rafforzarsi i propri poteri in relazione alla «criminalità grave che interessa due o più Stati membri» e venirgli riconosciuto il compito di garantire il coordinamento, l'organizzazione e la realizzazione d'inchieste condotte insieme alle autorità nazionali. Rimane ferma tuttavia la previsione contenuta nell'art. 32 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui ogni azione «operativa» di Europol deve condotta in collegamento con le autorità nazionali e l'applicazione delle misure coercitive è di competenza esclusiva delle pertinenti autorità nazionali.

Ulteriori profili di novità sono rappresentati dal riconoscimento di una piena competenza della Corte di Giustizia (ribattezzata "Corte di Giustizia dell'Unione europea") anche nell'intero settore della giustizia e degli affari interni e dall'istituzionalizzazione del ruolo del Consiglio europeo quale guida nella definizione degli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella programmazione legislativa.

Come noto, forse proprio in ragione della sua portata innovativa, la Costituzione europea è stata bocciata dall'esito negativo dei *referendum* francese e olandese del 2005.

Al fine di provvedere allo sostituzione della bocciata Costituzione europea, il 13 dicembre 2007, a Lisbona, i capi di Stato e di governo dei ventisette Stati membri hanno

optato per la soluzione di elaborare un trattato, ridimensionato, che, se ratificato, verrebbe a modificare i principali trattati dell'Unione europea, ovvero il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea (che sarebbe ridenominato «Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»)²²⁵, e a ridisegnare conseguentemente l'assetto istituzionale e giuridico dell'Unione europea.

Il Trattato di Lisbona, noto anche come Trattato di riforma, è entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Il Trattato di Lisbona prevede anzitutto che l'Unione europea divenga l'unico soggetto sovranazionale, con una sua personalità giuridica, e si sostituisca anche alle Comunità europee.

Inoltre, è prevista altresì l'abolizione della struttura a pilastri, con conseguente comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in penale e di polizia, che sarebbero quindi sottoposte al regime del vecchio primo pilastro.

Per quanto concerne le innovazioni istituzionali contemplate in relazione al settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, queste sono, in estrema sintesi, le seguenti: rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo al fine di superare quel grave *deficit* democratico che fin dall'inizio ha innegabilmente caratterizzato il settore; previsione di una giurisdizione piena della Corte di Giustizia in materia; previsione di un rivisto processo decisionale nel quale le decisioni del Consiglio sono assunte con un sistema di voto a doppia maggioranza (maggioranza del 55% dei Paesi che rappresentano il 65% della popolazione), che entrerebbe in vigore parzialmente dal 2014 ed in maniera completa dal 2017.

In dottrina, si è evidenziato come il Trattato di riforma, se complessivamente considerato, nonostante appaia rinunciare ad alcuni dei più emblematici tratti caratterizzanti del bocciato trattato costituzionale europeo, in sostanza «conferma (e talora rafforza) le scelte fondamentali operate nel 2004»²²⁶, in particolare per quanto concerne i seguenti profili: ravvicinamento dei sistemi penali nazionali (è prevista un'estensione delle forme di criminalità grave rispetto alle quali possono essere previste norme minime d'armonizzazione, ricomprendendovi il riciclaggio, la contraffazione dei

²²⁵ Ai due trattati menzionati andrebbero ad aggiungersi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il Trattato Euratom, nonché una serie di protocolli. Il testo integrale del Trattato di Lisbona è accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:IT:HTML>.

²²⁶ In tal senso, SALAZAR L., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel nuovo trattato*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO G., SICURELLA R., Milano, 2008, 365 ss.

mezzi di pagamento e la criminalità informatica, nonché si introduce la possibilità – come già stabilito dal Trattato costituzionale – di adottare norme minime nei settori di competenza dell’Unione europea che siano oggetto di misure d’armonizzazione per l’efficace attuazione delle quali risulti indispensabile la previsione degli elementi essenziali delle norme incriminatrici e delle relative sanzioni), rafforzamento della possibilità di istituzione del pubblico ministero europeo (in mancanza di unanimità sul punto in sede di Consiglio, si riconosce ad un gruppo di almeno un terzo di Stati membri la possibilità di instaurare una cooperazione rafforzata), incremento del livello di legalità degli strumenti normativi di diritto comunitario (i regolamenti e le direttive vengono assoggettati alla procedura di codecisione da parte del Parlamento europeo; lo strumento della decisione quadro è abbandonato a favore della direttiva, con conseguente attribuzione alla Corte dell’Unione europea di una piena competenza nella materia in esame, possibilità per la Commissione di utilizzare la procedura di inadempimento in caso di mancata, ritardata o incorretta trasposizione da parte di uno Stato membro di una direttiva a carattere penale, nonché abbandono della regola dell’unanimità in materia penale, con conseguente impossibilità, per un solo Stato membro, di paralizzare le scelte politico-criminali dell’Unione europea). Rimangono fermi i c.d. “freni di emergenza” previsti dal trattato costituzionale del 2004, e viene invece previsto, limitatamente alle disposizioni attinenti al riconoscimento reciproco delle sentenze, alle norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, al procuratore europeo e alla cooperazione di polizia, un nuovo meccanismo volto a consentire agli Stati membri di procedere con l’adozione di misure in tale settore, consentendo nel contempo ad altri Stati membri di non parteciparvi.

Alla vigilia della firma del Trattato di Lisbona, i presidenti del Parlamento, della Commissione e del Consiglio dell’Unione europea hanno firmato solennemente le Carte dei diritti fondamentali dell’Unione europea (2007/C 303/01)²²⁷, che poi il trattato renderebbe giuridicamente vincolanti per gli Stati membri tramite il rinvio esplicito ad esse contenuto nell’art. 6, comma 1 (dopo il fallimento della ratifica della Costituzione si è infatti preferito non inserire la Carta nel nuovo trattato).

²²⁷

Accessibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:IT:PDF>.

4.1.3 *Il Programma dell'Aja del 2001*

Nel corso del Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004, anche alla luce della situazione di urgenza creatasi a seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti e dell'11 marzo 2004 a Madrid, adotta la Comunicazione 2005/c 53/01 recante il «Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea», che costituisce il nuovo documento programmatico, dopo le conclusioni di Tampere, nel settore della giustizia e degli affari interni²²⁸.

La sezione n. 2 del Programma, prevede, in relazione al rafforzamento della sicurezza, che lo scambio informazioni sia migliorato tramite un approccio innovativo allo scambio transfrontaliero di informazioni sulla base del principio di disponibilità (in vigore dal 1 gennaio 2008, ed in forza del quale ciascuno Stato dovrebbe essere in grado di ottenere da un altro Stato membro le informazioni di cui necessita per l'espletamento delle sue attività)²²⁹, e, in relazione alla cooperazione di polizia, l'intensificazione della cooperazione pratica tra la polizia e le autorità doganali degli Stati membri e Europol e l'ottimizzazione dell'utilizzo degli strumenti già esistenti in questo campo al fine di contrastare efficacemente la criminalità organizzata transfrontaliera, le altre forme gravi di criminalità e il terrorismo.

Il Consiglio europeo, inoltre, esorta gli Stati membri a consentire a Europol, in cooperazione con Eurojust, di svolgere un ruolo cruciale in tale azione.

²²⁸ COM(2005) 184 def., accessibile all'indirizzo http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/16/0334_Programma_dellxAja.pdf. Si legge nell'introduzione del Programma dell'Aja che esso si pone come obiettivo quello «migliorare la capacità comune dell'Unione e dei suoi Stati membri di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l'accesso alla giustizia per fornire protezione alle persone che ne hanno bisogno ai sensi della convenzione di Ginevra sui rifugiati e di altri trattati internazionali, regolare i flussi migratori e controllare le frontiere esterne dell'Unione, combattere la criminalità organizzata transfrontaliera e reprimere la minaccia del terrorismo, realizzare il potenziale di Europol e di Eurojust, proseguire nel riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia sia civile che penale ed eliminare gli ostacoli giuridici e giudiziari nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere. Si tratta di un obiettivo che deve essere raggiunto nell'interesse dei cittadini europei sviluppando un regime comune in materia di asilo e migliorando l'accesso ai mezzi di ricorso giurisdizionali, la cooperazione pratica di polizia e giudiziaria, il ravvicinamento delle disposizioni legislative e lo sviluppo di politiche comuni».

²²⁹ In materia di reciproco riconoscimento, l'art. 3.3.1 del Programma dell'Aja prevede, tra l'altro, che la Commissione presenti proposte atte ad «intensificare lo scambio di informazioni, sulla base degli estratti dei casellari giudiziari nazionali, in particolare per quanto riguarda le persone perseguite per reati sessuali, entro dicembre 2004 affinché il Consiglio le adotti entro il 2005».

La sezione n. 3 del Programma, relativa al rafforzamento della giustizia, si incentra invece essenzialmente intorno ai seguenti obiettivi: centralità del ruolo della Corte di Giustizia in relazione alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; rafforzamento della fiducia reciproca tramite la previsione di elevati *standard* di giustizia in tutti gli Stati membri al fini di attuare principio del riconoscimento reciproco; riduzione degli ostacoli giuridici e rafforzamento del coordinamento delle indagini; completamento del programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, con elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali, ravvicinamento delle legislazioni (norme minime di diritto processuale penale e ravvicinamento del diritto penale sostanziale); rafforzamento del ruolo di Eurojust (al fine di consentire cooperazione ed il coordinamento delle indagini). Come richiesto dal Consiglio europeo, la Commissione provvede ad elaborare un piano d'azione per concretizzare gli obiettivi e le priorità del programma, contenuto nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 maggio 2005 recante «Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia»²³⁰.

Nell'ambito degli obiettivi strategici di rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²³¹, la Commissione individua dieci priorità essenziali: i) rafforzamento dei diritti fondamentali e dei diritti connessi alla cittadinanza, varando e sviluppando politiche ottimali in tali settori; ii) lotta globale contro il terrorismo; iii) realizzazione di un regime comune in materia di asilo, mediante l'introduzione di un'efficace procedura armonizzata, conforme ai valori e alla tradizione umanitaria dell'Unione europea e di suoi obblighi internazionali; iv) gestione equilibrata dei flussi migratori, elaborando una politica comune d'immigrazione che affronti la situazione degli immigrati legali a livello dell'Unione europea, potenziando al tempo stesso l'azione di contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani, soprattutto delle donne e dei bambini; v) massimizzazione delle ricadute positive dell'immigrazione, mediante l'elaborazione di misure di sostegno per aiutare gli Stati membri a porre in essere le

²³⁰ COM(2005) 184 def. (G.U.C.E. del 24 settembre 2005, n. C 236), accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:IT:PDF>.

²³¹ Cfr. la Comunicazione del presidente di concerto con la vicepresidente Wallström «Obiettivi strategici 2005-2009, Europa 2010: un partenariato per il rinnovamento dell'Europa», COM(2005) 12 def., adottata dalla Commissione il 26 gennaio 2005, accessibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0012it01.pdf.

politiche d'integrazione più confacenti e a prevenire l'isolamento e l'esclusione sociale delle comunità di immigrati, contribuendo alla comprensione e al dialogo tra culture e religioni, in base ai valori fondamentali dell'Unione; vi) rafforzamento della gestione integrata delle frontiere esterne, in particolare attraverso una politica comune in materia di visti; vii) tutela della vita privata e della sicurezza in sede di scambio di informazioni tra servizi di polizia e autorità giudiziarie per combattere efficacemente il terrorismo e per poter svolgere indagini relative alla criminalità transfrontaliera; viii) elaborazione ed attuazione di un'impostazione strategica in materia di lotta contro la criminalità organizzata a livello comunitario, sfruttando appieno le potenzialità di Europol e di Eurojust; ix) garantire ai cittadini europei uno spazio europeo effettivo di giustizia (per quanto riguarda in particolare la giustizia penale, ravvicinamento delle legislazioni e creazione di norme minime di procedura penale anche al fine di rafforzare il reciproco riconoscimento delle decisioni, nonché potenziamento di Eurojust per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in campo penale); x) attuazione, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di un sistema di responsabilità condivisa e solidarietà fra Stati membri.

Per mettere in pratica tali obiettivi, nel giugno 2005 il Consiglio approva, su proposta della Commissione, un Piano d'azione («Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aja inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell'Unione europea»)²³², che elenca una serie misure (proposte legislative, documenti di consultazione o relazioni) molto precise e concrete per l'implementazione delle priorità del Programma dell'Aja, e contiene un calendario per l'adozione e l'attuazione dell'insieme delle misure medesime, costituendo così il quadro di riferimento per i lavori della Commissione e del Consiglio per gli anni 2004-2009.

4.1.4 Il Programma di Stoccolma 2010-2014

Il 10 giugno 2009 la Commissione europea ha adottato la Comunicazione «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini» in cui espone al Parlamento e al

²³² G.U.C.E. del 12 agosto 2005, n. C 198.

Consiglio europeo le future priorità in tali settori per i futuri cinque anni²³³. Il nuovo programma pluriennale (c.d. “Programma di Stoccolma 2010-2014”) riprende e sviluppa gli obiettivi del precedente programma, e, in particolare, indica espressamente tra le sfide future la lotta alla tratta di esseri umani, allo sfruttamento sessuale dei minori e alla pedopornografia, nonché alla criminalità informatica, «fenomeno senza frontiere in costante evoluzione» che nel 2008 ha fatto registrare l’individuazione di millecinquecento siti internet commerciali e non commerciali con contenuti di natura pedopornografica²³⁴.

La Commissione ribadisce altresì la necessità, in materia penale, e soprattutto per quanto riguarda terrorismo, criminalità organizzata e reati contro gli interessi finanziari dell’Unione, del ravvicinamento delle norme di diritto sostanziale riguardanti determinati reati gravi, tipicamente transfrontalieri per i quali sono necessarie definizioni e sanzioni comuni, e dell’estensione del reciproco riconoscimento.

Infine, ancora una volta l’istituzione comunitaria pone l’accento sulla circostanza che un’efficace strategia di sicurezza interna e contrasto della criminalità organizzata transfrontaliera deve per il futuro impernarsi «su tre ambiti d’intervento complementari e oramai indissociabili»: una maggiore cooperazione di polizia (potenziamento

²³³ COM(2009) 262 def., accessibile all’indirizzo [http://www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/a18c3ca3f8365c96c1257569005bfd5a/934b75841cd675fac12575d800336795/\\$FILE/COM_2009_0262.pdf](http://www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/a18c3ca3f8365c96c1257569005bfd5a/934b75841cd675fac12575d800336795/$FILE/COM_2009_0262.pdf).

²³⁴ Si legge nella citata Comunicazione, in relazione allo sfruttamento sessuale dei minori e alla pedopornografia, che «In Europa, oscillano tra il 10 % e il 20 % i minori potenzialmente vittime di aggressioni sessuali. Proteggere i minori da questi pericoli è un’importante componente della strategia a tutela dei diritti del minore. L’Unione dovrà elaborare dispositivi di prevenzione favorendo, ad esempio, lo scambio di informazioni tra Stati membri sulle persone condannate per reati di pedofilia, al fine di prevenire eventuali recidive. La lotta alla pedopornografia su Internet implica una stretta collaborazione con il settore privato che consenta di individuare i siti di contenuto pedofilo e precludervi o bloccare l’accesso, nel rispetto delle procedure previste. Sotto questo aspetto, Europol è chiamato a svolgere un ruolo centrale tramite la messa a punto di una piattaforma di segnalazione online dei siti pedofili e favorendo la cooperazione effettiva tra gli Stati membri. Queste azioni saranno affiancate da altre previste nel quadro del programma per l’uso sicuro di Internet 2009-2013. Si rende infine necessaria una politica attiva di cooperazione internazionale che consenta di introdurre meccanismi di revoca degli indirizzi IP nei confronti dei fornitori d’accesso delittuosi e che faciliti la chiusura rapida di siti al di fuori dell’Europa». Per quanto riguarda invece la criminalità informatica, la Commissione chiarisce che «L’economia digitale è un importante fattore di sviluppo e l’Unione è chiamata a favorire politiche che garantiscano un elevatissimo livello di sicurezza delle reti. Per agevolare le indagini transfrontaliere l’Unione dovrà chiarire le regole di competenza giurisdizionale e il quadro giuridico applicabile al ciber spazio. Occorrerà definire il quadro normativo in virtù del quale potranno essere conclusi accordi di cooperazione tra i servizi di polizia e gli operatori. Tali accordi consentiranno tempi di reazione più rapidi in caso di attacchi informatici. È inoltre necessario un miglior coordinamento tra gli Stati membri attraverso una rete specializzata che riunisca i responsabili nazionali della lotta alla criminalità informatica. Anche in questo caso Europol potrà fungere da centro di risorse europeo per la creazione di una piattaforma europea di segnalazione delle infrazioni».

dell'azione di Europol, intensificazione dei rapporti con i Paesi terzi, adozione di strumenti statistici e confronto sui dati raccolti, sviluppo di un approccio comune che delimiti l'ambito di intervento degli attori locali e nazionali sia dei servizi di contrasto sia della società civile), una giustizia penale «adattata», ad evitare che la diversità tra i sistemi giudiziari degli Stati membri intralci l'azione della giustizia nella lotta alla criminalità transfrontaliera (adozione del mandato d'arresto europeo per l'assunzione delle prove, potenziamento di Eurojust, proseguire sulla strada di un sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari - ECRIS, potenziamento dei diritti di difesa, individuazione di misure alternative alla detenzione in carcere) e, infine, una gestione più efficace dell'ingresso nel territorio dell'Unione europea.

4.2 Gli atti adottati dall'Unione europea a tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale, anche per via telematica

In tale contesto normativo, l'Unione europea ha sviluppato molte politiche e attività in tema di tutela dei minori, ed in particolare di tratta dei bambini e prostituzione infantile, violenza contro i minori, asilo e immigrazione, giustizia e affari familiari, istruzione, sicurezza dell'ambiente, sicurezza dei minori su Internet e alla televisione, discriminazione ed esclusione sociale, lavoro minorile, bambini coinvolti in conflitti armati.

L'azione dell'Unione europea volta ad assicurare la protezione dei minori per i profili connessi allo sfruttamento sessuale si inserisce nel più ampio contesto degli obblighi derivanti in capo agli Stati membri dalla sottoscrizione delle convenzioni internazionali di dotarsi di un adeguato contesto normativo per la prevenzione e la repressione di tali reati, direttamente ovvero avvalendosi di misure adottate nel quadro di accordi multilaterali (si pensi, in particolare, agli artt. 34 e seguenti della Convenzione di New York ed al relativo Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini).

Tramite l'adozione di numerosi atti comunitari, di diversa natura, incentrati su singole e specifiche problematiche, le istituzioni comunitarie hanno pertanto progressivamente rafforzato la lotta al fenomeno dei reati sessuali perpetrati a danno dei minori, e, negli ultimi anni, hanno impegnato o indirizzato gli Stati membri a perseguire gli obiettivi di offrire una sempre maggior protezione ai minori e di individuare strumenti idonei a

combattere questi delitti anche quando commessi per mezzo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche.

Tale molteplicità di interventi del diritto comunitario a tutela dei minori e dell'infanzia, peraltro, è andata via via esercitando una sempre maggior influenza sul diritto penale minorile degli Stati membri, tanto che si dibatte già da tempo circa la sussistenza di una vera e propria competenza penale comunitaria e del suo complesso rapporto con la tradizioni giuridiche nazionali che vedono il diritto penale come irrinunciabile emanazione propria ed esclusiva della sovranità statale²³⁵.

Autorevole dottrina ha correttamente osservato in merito che, essendo innegabile che il diritto penale nazionale degli Stati membri subisce un'influenza, sia in senso positivo sia in senso negativo, e pertanto dei condizionamenti ad opera del diritto comunitario (che, come risulta evidente, ha ampliato a dismisura il proprio originario ambito operativo), non si dovrebbe poter disconoscere l'esistenza di una competenza penale comunitaria, posto che «primato e diretta applicabilità possono predicarsi, in ambito penalistico, soltanto sul presupposto che esista la menzionata competenza»²³⁶.

La dibattuta questione si è riaccesa a seguito della nota sentenza "Pupino"²³⁷, con la quale, con riguardo alla situazione in cui lo Stato membro non abbia provveduto alla

²³⁵ In tema, RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996; ID., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia ("influenza", poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1135 ss.; ID., *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. econ.*, 2004, 1128 ss.; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; SGUBBI F., voce "Diritto penale comunitario", in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, 89 ss.; BERNARDI A., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 333 ss.; MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 55 ss.

²³⁶ RIONDATO S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia ("influenza", poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1135 ss. e quivi 1139.

²³⁷ Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza *Pupino*, C-105/03, 16 giugno 2005, accessibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it&newform=newform&jurcdj=jurcdj&docj=docj&alldocnorec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=pupino&resmax=100&Submit=Avvia+la+ricerca>: «il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea. Applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE. Occorre tuttavia rilevare che l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione

tempestiva attuazione di una decisione quadro, la Corte di Giustizia ha statuito che il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle alla luce della lettera e dello scopo anche delle decisioni quadro, fermo il limite del rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare del principio di certezza e di non retroattività della norma penale. Alla luce di tale pronuncia, si ritiene in sostanza che si sia giunti, per via interpretativa, a sancire l'efficacia diretta delle decisioni quadro, sulla base di un parallelismo tra le decisioni quadro e le direttive comunitarie, o comunque quantomeno a riconoscere implicitamente l'applicazione diretta delle decisioni quadro da parte del giudice nazionale (stante il dettato di cui all'art. 34, n. 2, lett. b), del Trattato sull'Unione europea che esclude espressamente l'efficacia diretta delle decisioni quadro, e considerato anche che il principio di interpretazione conforme – come chiarisce la stessa Corte di Giustizia nella pronuncia *de qua* – non può in ogni caso servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale)²³⁸.

Non vi è dubbio, in ogni caso, che un processo è stato avviato: «Con l'attenuarsi del rigido concetto di sovranità e l'avvicinamento politico-ideologico, nell'ambito dei gruppi di Stati politicamente omogenei si sono sviluppate nuove forme “regionali” di collaborazione ed integrazione internazionale. Ciò in particolare si è verificato tra gli Stati europei dopo la seconda guerra mondiale, anche nella prospettiva di un diritto penale europeo comune, le cui scaturigini risalgono attraverso il positivismo,

quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni [...]L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro». La Corte si è pronunciata nella causa avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 35 del Trattato sull'Unione europea proposta dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze con decisione 3 febbraio 2003 nel procedimento penale a carico della signora Maria Pupino con riguardo alla decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

²³⁸ Per un commento, v. RIONDATO S., *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nota a CGCE Grande Sezione, 16 giugno 2005 (causa C – 105/03)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1178 ss.; MANES V., *L'incidenza delle “decisioni-quadro” sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; CHERUBINI F., *L'obbligo di interpretazione conforme sconfinata nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 157 ss.; FABBRICATORE A., *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 640 ss.

l'illuminismo, ed il rinascimento fino alla dottrina del diritto penale comune dell'alto medioevo»²³⁹.

Venendo nello specifico ai numerosissimi interventi di carattere politico, programmatico e normativo svolti dall'Unione europea in materia di sfruttamento sessuale dei minori, si cercherà di dare conto nel prosieguo di quelli che sono stati, fino ad oggi, i passaggi fondamentali dello sviluppo dell'azione comunitaria in tale settore.

Il primo atto di rilievo è rappresentato dall'Azione comune 96/700/GAI del 29 novembre 1996 che istituisce il programma di collaborazione "STOP"²⁴⁰ (rinnovato successivamente, con il programma "STOP II" del 2001²⁴¹) destinato alle persone responsabili (*in primis* giudici e pubblici ministeri) dell'azione contro la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini e mirante ad incentivare la formazione degli operatori e la conoscenza reciproca dei sistemi giuridici degli Stati membri, nonché lo scambio di informazioni ed esperienze relative ai suddetti fenomeni²⁴².

Sempre nell'anno 1996, la Commissione, ribadendo il convincimento che il rispetto dei diritti umani vada rafforzato sia all'interno sia all'esterno dell'Unione europea come sancito dai trattati e previsto dagli accordi con i Paesi terzi, rivolge la propria attenzione al profilo riguardante la lotta al turismo sessuale che coinvolge l'infanzia, sottolineando l'importanza di condurre «un dialogo politico con i Paesi in via di sviluppo più colpiti dal fenomeno [...] al fine di adottare ulteriori provvedimenti dopo aver condotto un esame approfondito riguardo alla natura e alla diffusione del turismo sessuale pedofilo avendo pure riguardo alle misure già adottate in tali Stati»²⁴³.

²³⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 910. Cfr. inoltre in tema, BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1157 ss.; MONTAGNA A., *Il difficile cammino verso un diritto penale europeo minimo*, in *Cass. pen.*, 2007, 805 ss.

²⁴⁰ G.U.C.E. 12 dicembre 1996, n. L 322 5.

²⁴¹ Decisione 2001/514/GAI del Consiglio che istituisce la seconda fase del programma di azione comunitaria (2001-2002) a supporto dei progetti finalizzati alla prevenzione ed alla lotta contro la tratta di persone, ed in particolare contro la tratta di minori, il loro sfruttamento sessuale e la pornografia infantile (Programma Stop II) del 28 giugno 2001 (G.U.C.E. 7 luglio 2001, n. L 186/7).

²⁴² Tra gli altri, devono essere ricordati anche: il Programma Daphne, relativo alle misure di lotta contro la violenza nei confronti dei bambini, degli adolescenti e delle donne; il Programma-quadro Agis, concernente la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale; il Programma Grotius, di incoraggiamento e di scambi per gli operatori della giustizia; il Programma Falcone, che stabilisce un programma di scambi, formazione e cooperazione destinato alle persone responsabili della lotta alla criminalità organizzata.

²⁴³ Comunicazione della Commissione sulla lotta al turismo sessuale riguardante l'infanzia del 27 novembre 1996, che pianifica talune iniziative di lotta contro i flussi turistici legati allo sfruttamento della prostituzione minorile, COM(96) 0547 - C4-0012/97 (G.U.C.E. del 7 gennaio 1997, n. C 3).

Il 16 ottobre 1996 la Commissione adotta inoltre la nota Comunicazione relativa alle informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet²⁴⁴, che, dopo un'approfondita disamina delle possibilità offerte dal *medium* Internet e delle sue modalità di funzionamento, definisce e opera una chiara distinzione tra la categoria delle informazioni di contenuto illecito e quelle di contenuto nocivo su Internet. Nella prima categoria rientrano, ad esempio, la pornografia infantile, la tratta di esseri umani, la divulgazione di materiale razzista o gli incitamenti all'odio razziale, il terrorismo, tutte le forme di frode (ad esempio, l'impiego fraudolento di carte di credito), e, in generale, tutte le informazioni la cui diffusione è, in ragione del loro contenuto, vietata dalle legislazioni degli Stati membri e pertanto «illegale». Per quanto concerne invece i contenuti nocivi, la Commissione evidenzia come «La nozione di nocività risente di differenze culturali. Ogni Paese può raggiungere proprie conclusioni nel definire il confine tra ciò che è consentito e ciò che non lo è. Risulta dunque indispensabile che le iniziative internazionali tengano conto della diversità delle norme morali nei diversi Paesi per esaminare la possibilità d'arrivare a norme idonee a tutelare le persone contro il materiale offensivo pur garantendo la libertà d'espressione. In questo contesto è implicito che i diritti fondamentali, e specialmente quello della libertà d'espressione, vadano pienamente rispettati [...]». Diverse sono anche le misure volte ridurre il flusso di informazioni di contenuto illegale e di contenuto nocivo su Internet che la Commissione ritiene opportuno che gli Stati membri adottino nel contesto del libero scambio di servizi ovvero della cooperazione tra i ministeri della giustizia e degli interni. Per contrastare la diffusione di materiale illegale su Internet, l'istituzione comunitaria ritiene, in particolare, essenziale la tempestiva promozione della cooperazione internazionale tra gli Stati membri, al fine di favorire lo scambio di informazioni sui fornitori di tale materiale e far rispettare le disposizioni di legge vigenti in materia nei diversi ordinamenti giuridici, incoraggiando inoltre la definizione di un «livello minimo europeo» per quanto concerne il materiale di contenuto criminale. In secondo luogo, la Commissione reputa fondamentale la definizione a livello europeo di un quadro giuridico comune per chiarire le norme ed i regolamenti amministrativi che si applicano ai fornitori d'accesso ed ai fornitori di servizi, nonché la promozione della cooperazione tra le associazioni di fornitori di accesso ad Internet per contribuire al

²⁴⁴ COM (96) 487, accessibile all'indirizzo <http://www.privacy.it/Internet.html>.

processo di autoregolamentazione. In relazione, invece, ai contenuti nocivi, la Commissione afferma che è fondamentale che gli Stati membri garantiscano la disponibilità di mezzi pratici per limitare l'accesso al materiale in questione da parte delle persone più vulnerabili, ma sottolinea al contempo che «qualsiasi intervento normativo mirante a tutelare i minori non debba assumere la forma di una proibizione assoluta d'impiegare l'Internet per distribuire determinato materiale che è liberamente disponibile su altri mezzi di comunicazione» e che deve essere in ogni caso assicurato il rispetto del fondamentale diritto alla libertà di espressione. Tra le iniziative da avviare per contrastare il problema della diffusione di materiali nocivi su Internet, la Commissione promuove l'adozione di appositi *software* di filtraggio e di sistemi di classificazione, la cooperazione tra i produttori europei di tali materiali al fine dell'adozione di un proprio codice di condotta e le campagne di sensibilizzazione di genitori ed insegnanti.

Sempre in data 16 ottobre 1996, la Commissione adotta il Libro verde sulla tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e di informazione²⁴⁵, che analizza l'evoluzione dei servizi audiovisivi e d'informazione e le disposizioni di legge e le politiche esistenti a livello nazionale, europeo ed internazionale, nonché le implicazioni che lo sviluppo di nuovi servizi ha per tali politiche, in relazione ai temi della tutela dei minori e della dignità umana. Richiamandosi alle alternative a breve termine individuate nella Comunicazione relativa alle informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet, con il Libro verde la Commissione pone nuove domande fondamentali da dibattere in modo più approfondito nell'intento di elaborare politiche per il futuro, domande attinenti tre argomenti principali: i) rafforzamento della tutela giuridica (determinazione della responsabilità, proporzionalità del provvedimento, garanzia del rispetto della normativa, regolamentazione o autodisciplina); ii) promozione dei sistemi di controllo affidati ai genitori (caratteristiche dei filtri di natura tecnica, problemi posti dai sistemi decentralizzati di classificazione in un ambiente di servizi transnazionali, funzioni fondamentali degli stessi); iii) miglioramento della cooperazione internazionale (definizione degli obiettivi prioritari, definizione di una metodologia ed individuazione delle sedi di dibattito più appropriate).

²⁴⁵ COM(96)483 - C4-0621/96, non pubblicato in G.U.C.E., accessibile all'indirizzo <http://europa.eu.int/scadplus/leg/it/lvb/124030.htm>.

Il 26 maggio 1999, la Commissione adotta la Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni sull'attuazione delle misure di lotta contro il turismo sessuale che coinvolge i bambini²⁴⁶, con cui formula la duplice strategia della promozione dell'informazione circa il fenomeno (continuando ad assicurare la propria partecipazione alle mostre internazionali del turismo, eseguendo studi e ricerche in materia, adoperandosi per il coordinamento a livello europeo delle campagne nazionali di informazione e di sensibilizzazione, valutando l'applicazione dei codici di condotta e di altri meccanismi di autodisciplina già attivati, realizzando un progetto specifico di linee telefoniche di emergenza per i minori, ecc.), e della repressione del fenomeno medesimo (esaminando l'evoluzione delle legislazioni nazionali nell'Unione europea, e la relativa applicazione, e promuovendo missioni di identificazione delle destinazioni "sensibili"). La Commissione propone inoltre l'elaborazione di uno studio che analizzi la situazione del turismo sessuale coinvolgente i minori nei Paesi dell'Europa centrale e orientale con i quali la Comunità europea ha concluso accordi di associazione in vista della loro adesione (PECO) e l'attuazione di un intervento tendente ad associare tali Stati alle iniziative attivate contro il turismo sessuale.

Il 22 dicembre del 2000, la Commissione interviene nuovamente in materia con la Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta contro la tratta di esseri umani e la lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile²⁴⁷, accogliendo due proposte di decisione quadro del Consiglio rispettivamente in materia di lotta alla tratta di esseri umani e di lotta allo sfruttamento sessuale dei bambini e alla pornografia infantile, e propone l'adozione da parte degli Stati membri all'interno del proprio sistema penale di una serie di norme comuni (definizioni, incriminazioni e sanzioni) in tali ambiti, al fine di superare le divergenze esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici, che rendono difficile attuare una cooperazione efficace come richiesta dalla Commissione medesima nei precedenti documenti sul tema.

²⁴⁶ COM(1999) 262 def. – C5-0096/1999, non pubblicato in G.U.C.E., accessibile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=1999&nu_doc=262.

²⁴⁷ COM (2000) 854 def. (G.U.C.E. del 27 febbraio 2001, n. C 62), che accoglie la Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta alla tratta degli esseri umani (2001/C 62 E/24) e la Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (2001/C 62 E/25) (accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0854:FIN:EN:PDF>).

Successivamente, il 26 gennaio 2001, la Commissione presenta la Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni «Creare una società di informazione sicura migliorando della sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e mediante la lotta alla criminalità informatica»²⁴⁸. La comunicazione in esame analizza la necessità e le eventuali forme di un'iniziativa politica globale per migliorare la sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e per combattere la criminalità telematica, nel contesto degli obiettivi di più ampio respiro della Società dell'informazione, del piano di azione eEurope (2002)²⁴⁹ (e poi eEurope (2005)²⁵⁰) e del progetto «Libertà, sicurezza e giustizia», conformemente all'impegno dell'Unione europea di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo, e concretizza in tal modo le istanze emerse dal Consiglio europeo di Tampere nell'ottobre 1999 di riconoscimento della necessità di un ravvicinamento delle disposizioni relative ai reati e alle relative sanzioni in materia di criminalità informatica. La Commissione afferma in particolare di voler: presentare delle proposte legislative sulla base del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea che contemplino il ravvicinamento delle normative penali degli Stati membri in relazione ai reati connessi alla pornografia infantile ed in generale del diritto processuale penale in materia di criminalità ad alta tecnologia (in particolare, in materia di intercettazione di comunicazioni, conservazione di dati relativi alle comunicazioni, accesso ed utilizzo anonimo, cooperazione concreta a livello internazionale, poteri e giurisdizione in materia di procedura penale, valore probatorio dei dati informatici); applicare il principio del riconoscimento reciproco dei provvedimenti istruttori connessi a reati telematici, nonché agevolare le indagini penali relative ai reati informatici che coinvolgano più di uno Stato membro, applicando debite disposizioni di tutela dei diritti fondamentali; promuovere la creazione di unità di polizia specializzate in criminalità informatica; appoggiare l'adeguata formazione tecnica del personale addetto all'applicazione della legge, nonché favorire le iniziative europee per la sicurezza dell'informazione; e ancora, istituire un Forum europeo cui aderiscano gli organismi preposti all'applicazione della legge, i prestatori di servizi

²⁴⁸ COM (2000) 890 def., accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0890:FIN:IT:PDF>.

²⁴⁹ Comunicazione della Commissione, del 13 marzo 2001, eEurope 2002: Impatto e priorità, Comunicazione al Consiglio europeo di primavera, Stoccolma 23-24 marzo 2001, COM (2001) 140 def.

²⁵⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 28 maggio 2002 - eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti, COM(2002) 263 def.

Internet, i gestori di telecomunicazioni, le organizzazioni per la tutela dei diritti civili, i rappresentanti di consumatori ed i garanti della protezione dei dati, nonché altre parti interessate, allo scopo di migliorare la reciproca comprensione e la cooperazione a livello comunitario; svolgere appieno la propria funzione di coordinamento tra gli Stati membri in altre sedi internazionali che trattano la criminalità telematica, quali il Consiglio d'Europa ed il G8. In relazione alla Comunicazione in commento, deve osservarsi che in essa la pedopornografia telematica è espressamente qualificata come reato informatico.

Anche il Parlamento europeo interviene nella materia in esame, a supporto delle iniziative della Commissione, principalmente con le seguenti risoluzioni: Risoluzione del 19 settembre 1996 sui minori vittime di violenze²⁵¹, che invita l'Unione europea a verificare l'efficacia delle proprie azioni miranti a proteggere l'infanzia e a prevedere l'attuazione, a livello europeo, del Programma di azione concordato in occasione del Congresso di Stoccolma; Risoluzione del 12 dicembre 1996 sulle misure generali per la protezione dei minori nell'Unione europea²⁵², che invita il Consiglio e la Commissione a intervenire con priorità contro lo sfruttamento sessuale a danno dei minori; Risoluzione del 24 aprile 1997 sul contenuto illegale e nocivo di Internet²⁵³; Risoluzione del 6 novembre 1997 sulla lotta contro il turismo sessuale che coinvolge l'infanzia²⁵⁴; Risoluzione 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 minori²⁵⁵, che riconosce espressamente che i trattati non prevedono una politica comunitaria in favore dei minori e che tale obiettivo non è risulta efficacemente perseguito nemmeno dalla Commissione, cosicché suggerisce di contrastare il fenomeno del turismo sessuale che colpisce i minori mediante la realizzazione di progetti concreti che si muovano in tale direzione; Risoluzione 2001/2035 INI sulle mutilazioni genitali femminili di cui sono vittime le bambine²⁵⁶.

²⁵¹ G.U.C.E. del 28 ottobre 1996, n. C 320.

²⁵² G.U.C.E. del 20 gennaio 1997, n. C 020.

²⁵³ G.U.C.E. del 19 maggio 1997, n. C 150.

²⁵⁴ G.U.C.E. del 24 novembre 1997, n. C 358.

²⁵⁵ G.U.C.E. del 29 dicembre 2000, n. C 378.

²⁵⁶ G.U.C.E. del 28 marzo 2002, n. C 77E.

Per quanto concerne le iniziative del Consiglio, tale istituzione ha adottato al fine di contrastare il fenomeno dei reati di sfruttamento sessuale dei minori, una serie di azioni comuni, nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale di cui all'art. 31 del Trattato sull'Unione europea (*ex* articolo K3): Azione comune 96/700/GAI del 29 novembre 1996 che stabilisce un programma di incentivazione e di scambi destinato alle persone responsabili della lotta alla tratta degli esseri umani e allo sfruttamento sessuale dei bambini²⁵⁷; Azione comune del 29 novembre 1996 sull'istituzione e l'aggiornamento delle competenze, capacità e conoscenze specialistiche nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale²⁵⁸; Azione comune del 16 dicembre 1996 che estende il mandato conferito all'Unità Droghe di Europol alla lotta contro la tratta degli esseri umani²⁵⁹; Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 sulla lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini²⁶⁰.

Tale ultimo strumento riveste particolare rilievo in quanto contiene una precisa definizione dello sfruttamento sessuale di un bambino come «l'incitamento e costrizione del bambino a compiere una attività sessuale illegale, nonché come lo sfruttamento del bambino a fini di prostituzione e produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico». L'Azione comune in commento è finalizzata all'adozione di disposizioni legislative e procedurali volte a far sì che lo sfruttamento e l'abuso sessuale dei minori siano previsti come reati negli ordinamenti degli Stati membri, e passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, consistenti in pene restrittive della libertà personale tali da consentire l'estradizione e la confisca degli strumenti e dei proventi del reato. Lo strumento in esame prevede inoltre la responsabilità delle persone giuridiche in relazione alle condotte suddette di cui si chiede l'incriminazione, una competenza (seppur condizionata) extraterritoriale in relazione ai reati commessi all'estero da cittadini o soggetti che risiedano in uno Stato membro, nonché il

²⁵⁷ G.U.C.E. del 12 dicembre 1996, n. L 322.

²⁵⁸ G.U.C.E. del 31 dicembre 1996, n. L 342.

²⁵⁹ Nella Convenzione istitutiva di Europol, la tratta di esseri umani è definita come la sottoposizione di una persona al potere reale e illegale di altre persone ricorrendo a violenze o a minacce o abusando di un rapporto di autorità o mediante manovre, in particolare per dedicarsi allo sfruttamento della prostituzione altrui, a forme di sfruttamento o di violenza sessuale nei confronti di minorenni o al commercio connesso con l'abbandono dei figli. La prevenzione e la lotta allo sfruttamento sessuale dei minori sono pertanto fatte rientrare a pieno titolo nel quadro di azione di Europol, e successivamente alla citata azione comune, anche dell'Unità droghe. Peraltro, con la Decisione del 3 dicembre 1998, il Consiglio ha ampliato la definizione sopra riportata estendendola anche all'attività di sfruttamento dei minori connessa alla produzione, vendita o distribuzione di materiale pedopornografico.

²⁶⁰ G.U.C.E. del 4 marzo 1997, n. L 63.

rafforzamento della cooperazione giudiziaria in relazione ai mezzi e alle tecniche investigative, alla protezione dei testimoni e alla difesa nel processo degli interessi delle persone offese. L'azione comune sconta purtroppo il limite dello strumento, in quanto non può che limitarsi ad obbligare gli Stati membri a presentare proposte adeguate per la sua attuazione, da esaminarsi successivamente da parte delle autorità competenti, cosicché non può che risultare scarsamente efficace quanto al ravvicinamento delle legislazioni interne.

Il 28 aprile 1997, il Consiglio adotta il Piano d'azione per la lotta contro la criminalità organizzata²⁶¹, che prevede trenta raccomandazioni che dovranno essere attuate dagli Stati membri, dalla Commissione europea e da Europol concernenti azioni preventive e repressive della criminalità organizzata, contemplando provvedimenti volti a stabilire strategie di cooperazione pratica tra forze di polizia, autorità giudiziarie e doganali degli Stati membri. Il Piano dà spazio anche alla protezione dei minori, raccomandando nel quadro della lotta alla criminalità organizzata ad alta tecnologia l'adozione di strumenti legislativi di prevenzione e repressione dell'utilizzo delle nuove tecnologie ed in particolare di Internet per la diffusione di materiale pedopornografico.

Il 9 ottobre 2001, il Consiglio adotta anche la Risoluzione sull'apporto della società civile nella ricerca dei bambini scomparsi e sfruttati sessualmente²⁶². In tale documento, nel quale si dichiara l'intento di adottare tutte le misure necessarie alla localizzazione delle vittime, la pornografia infantile è indicata tra le forme di sfruttamento sessuale.

4.2.1 Alcuni atti fondamentali del Consiglio dell'Unione europea: la Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet, la Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet e la Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile

L'impegno del Consiglio nel contesto della cooperazione intergovernativa del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea si è tradotto nell'adozione di alcuni atti fondamentali: la Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet

²⁶¹ G.U.C.E. del 15 agosto 1997, n. C 251.

²⁶² G.U.C.E. del 9 ottobre 2001, n. C 283.

del 29 maggio 2000²⁶³, la Decisione quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani²⁶⁴, e la Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile del 22 dicembre 2003²⁶⁵.

La Decisione 2000/375/GAI, in estrema sintesi, al fine di promuovere un uso sicuro di Internet e prevenire e combattere lo sfruttamento sessuale dei bambini e, in particolare, la produzione, il trattamento, il possesso e la diffusione di materiale di pornografia infantile attraverso Internet, che rappresentano una forma pericolosa quanto diffusa di criminalità organizzata transazionale, sancisce l'obbligo degli Stati membri di assicurare la più ampia cooperazione possibile per agevolare l'efficace accertamento e la repressione dei reati di pornografia infantile su Internet, individuando alcune misure di carattere di cui si raccomanda l'adozione da parte degli Stati membri (tra le quali, ad esempio, misure atte ad incoraggiare gli utenti di Internet «a notificare, direttamente o indirettamente, alle autorità preposte all'applicazione della legge il sospetto di diffusione su Internet di materiale di pornografia infantile qualora rinvenivano tale materiale», l'istituzione di unità specializzate nell'ambito dei servizi preposti all'applicazione della legge, misure di carattere volontario o coercitivo atte ad eliminare la pornografia infantile su Internet, adeguamento della legislazione alle innovazioni tecnologiche, collaborazione con l'industria ai fini della predisposizione di filtri e altre possibilità tecniche atte ad impedire ed individuare la diffusione di materiale di pornografia infantile).

Per quanto concerne la Decisione quadro 2002/629/GAI, lo strumento introduce un'articolata disciplina dei reati relativi alla tratta di esseri umani a fini di sfruttamento della manodopera o di sfruttamento sessuale, cui si ispirerà anche il legislatore italiano nel dettare le disposizioni di cui alla Legge 228/2003. Si noti che l'art. 1, comma 1, della Decisione quadro in esame prevede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie affinché siano puniti come reato «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona» anche qualora la condotta sia posta in essere «a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre

²⁶³ G.U.C.E. del 9 giugno 2000, n. L 138.

²⁶⁴ G.U.C.E. del 1 agosto 2002, n. L 203.

²⁶⁵ G.U.C.E. del 20 gennaio 2004, n. L 13/44.

forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia»: il collegamento tra i fenomeni criminosi della schiavitù e della tratta di esseri umani, da un lato, e quelli della pedofilia e della pornografia, dall'altro, risulta riconosciuto e sottolineato in modo evidente.

In relazione alla Decisione quadro 2004/68/GAI, si tratta di atto fondamentale ai fini dell'argomento oggetto di questo studio, in quanto finalizzata al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati di sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile ed alle relative sanzioni applicabili.

Alla luce della riscontrata inefficacia dell'azione comune del 1997 e della decisione del 1999, nonché su impulso delle conclusioni di Tampere nel settore dei reati contro i minori, già in data 22 dicembre 2000 la Commissione aveva presentato una proposta di decisione quadro sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, proposta che rappresenta il primo vero e proprio disegno di legge comunitaria in materia. Tuttavia, l'adozione definitiva del testo proposto dalla Commissione si ha solo tre anni dopo, con l'approvazione della decisione quadro in commento²⁶⁶, che si propone di individuare alcune misure minime necessarie a garantire un'omogeneità di disciplina tra i Paesi membri dell'Unione europea per meglio contrastare reati che presentano una natura spiccatamente transnazionale.

Come emerge dalla lettura dei Considerando, si tratta di un'iniziativa legislativa che affonda le proprie radici nelle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, nonché nella risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2000, documenti tutti che «contengono o sollecitano iniziative legislative volte a contrastare lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, tra cui l'adozione di definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni». Sotto diverso profilo, l'adozione dello strumento in esame deriva inoltre dalla constatazione della sempre crescente diffusione dei fenomeni criminosi – che costituiscono «gravi violazioni dei

²⁶⁶ Si è criticata in dottrina la scarsa effettività dello strumento giuridico della decisione quadro caratteristico del pilastro intergovernativo dell'Unione europea, che lascia libero il legislatore nazionale di decidere con quale intensità recepire quanto in essa previsto, tenuto conto anche dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno, essendo lo stesso vincolato unicamente all'attuazione dell'obiettivo che la decisione quadro si prefigge (BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 5 ss. e quivi 16).

diritti dell'uomo e del diritto fondamentale di tutti i bambini ad una crescita, un'educazione ed uno sviluppo armoniosi» – dello sfruttamento sessuale dei minori e della pedopornografia anche attraverso l'uso delle nuove tecnologie ed in particolare di Internet.

La Decisione quadro va a collocarsi all'interno del complesso fenomeno della c.d. "comunitarizzazione" del diritto penale e si propone, al fine di contrastare i suddetti reati, di: i) estendere, in linea di principio, a tutti coloro che non hanno compiuto il diciottesimo anno d'età la protezione accordata al "minore"; ii) ampliare la nozione di "pornografia infantile" ricomprendendovi e rendendo penalmente rilevante anche la c.d. "pornografia apparente" e la c.d. "pornografia virtuale"; iii) far sì che gli Stati membri prevedano, in relazione ai reati in essa indicati, sanzioni « effettive, proporzionate e dissuasive»; iv) introdurre la responsabilità penale delle persone giuridiche in relazione ai reati in esame; v) introdurre delle disposizioni minime comuni a tutti gli Stati membri in materia di giurisdizione penale, esercizio dell'azione penale, protezione e assistenza dei bambini vittime dei reati di sfruttamento sessuale e pedopornografia.

In primis, utilmente la decisione quadro delimita, definendole, le nozioni di "bambino" e "pornografia infantile", nonché di "sistema informatico" e "persona giuridica".

Per "bambino" deve intendersi ogni persona d'età inferiore ai diciotto anni, adeguandosi in tal senso la Decisione quadro alle precedenti definizioni fornite a livello internazionale e anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

Per quanto concerne invece la "pornografia infantile", l'art. 1 lett. b) la definisce come «materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente: i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica; o ii) una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto i); o iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta». Tramite tale definizione, il legislatore comunitario ha inteso limitare al solo materiale visivo il materiale suscettibile della qualificazione "pornografia infantile", indicare ai legislatori nazionali i parametri minimi identificativi del materiale pedopornografico (tramite l'espressione esemplificativa «fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica»), nonché ricomprendere espressamente nella nozione di pornografia infantile, accanto alla c.d. "pornografia reale", sia la pornografia apparente, ovvero quel

materiale che ritrae persone reali che appaiono, si manifestano, come minore (identificato pertanto come penalmente illecito a prescindere dalla rilevanza concreta dell'età del soggetto ritratto), sia la pornografia virtuale, ovvero quel materiale che ritrae o rappresenta visivamente «immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta». In particolare, con l'estensione della nozione di pornografia infantile anche alla pornografia virtuale, il Consiglio mostra chiaramente di aver presente – come peraltro dichiarato nel V Considerando – l'evoluzione e la diffusione dei fenomeni criminosi in commento attraverso le nuove tecnologie.

Gli artt. 2²⁶⁷ e 3²⁶⁸ della Decisione quadro impegnano invece ciascuno Stato membro ad adottare le misure necessarie per rendere punibili come reato le condotte «intenzionali» ivi tassativamente elencate di sfruttamento sessuale dei bambini e di pornografia infantile, al fine di adattare il proprio diritto penale ai principi contenuti nello strumento comunitario. Si noti, in particolare, che all'art. 3, si prevede espressamente che le condotte di pornografia infantile devono essere punibili come reato a prescindere dalla

²⁶⁷ Art. 2 (*Reati relativi allo sfruttamento sessuale dei bambini*), Decisione quadro 2004/68/GAI: «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: i) faccia uso di coercizione, forza o minaccia; ii) dia in pagamento denaro, o ricorra ad altre forme di remunerazione o compenso in cambio del coinvolgimento del bambino in attività sessuali; oppure iii) abusi di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza nel bambino».

²⁶⁸ Art. 3 (*Reati di pornografia infantile*) Decisione quadro 2004/68/GAI:

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano punibili come reato, che siano o meno poste in essere a mezzo di un sistema informatico, le seguenti condotte intenzionali, allorché non autorizzate:

- a) produzione di pornografia infantile;
- b) distribuzione, diffusione o trasmissione di pornografia infantile;
- c) offerta o messa a disposizione di pornografia infantile;
- d) acquisto o possesso di pornografia infantile.

2. Uno Stato membro può prevedere che esulino dalla responsabilità penale le condotte connesse con la pornografia infantile:

- a) di cui all'articolo 1, lettera b), punto ii) in cui la persona reale che sembra essere un bambino aveva in realtà diciotto anni o un'età superiore ai diciotto anni al momento in cui è stata ritratta;
- b) di cui all'articolo 1, lettera b), punti i) e ii), in cui, trattandosi di produzione e possesso, immagini di bambini che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale siano prodotte e detenute con il loro consenso e unicamente a loro uso privato. Anche nei casi in cui sia stata stabilita l'esistenza del consenso, questo non può essere considerato valido se, ad esempio, l'autore del reato l'ha ottenuto avvalendosi della sua superiorità in termini di età, maturità, stato sociale, posizione, esperienza, ovvero abusando dello stato di dipendenza della vittima dall'autore;
- c) di cui all'articolo 1, lettera b), punto iii), in cui sia dimostrato che si tratta di produzione e possesso unicamente a uso privato, purché per la produzione di tale materiale non sia stato utilizzato materiale pornografico di cui all'articolo 1, lettera b), punti i) e ii), e purché l'atto non comporti rischi quanto alla diffusione del materiale».

circostanza «che siano o meno poste in essere a mezzo di un sistema informatico». La previsione ha un'ampia portata, in quanto per tale via si sono fatte rientrare nell'ambito del penalmente illecito tutte le condotte che ruotano attorno allo sfruttamento del materiale pornografico infantile, dal momento della produzione, passando per la distribuzione, diffusione o trasmissione, per giungere sino all'acquisto o al semplice possesso, anche per via telematica.

Di particolare interesse appare il comma 2 dell'art. 3, disposizione che riconosce agli Stati membri la facoltà di non rendere penalmente illecite – escludendo pertanto in tali ipotesi la connessa responsabilità penale – talune condotte legate alla pornografia infantile, nei seguenti casi: i) con riferimento alla pedopornografia apparente, quando la persona reale ritratta, nonostante appaia un bambino, abbia in realtà diciotto anni o un'età superiore; ii) con riferimento alla pedopornografia sia reale che apparente, quando le immagini di bambini che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale (quattordici anni) siano prodotte e detenute con il loro consenso e unicamente per uso privato (salvo che tale consenso non sia viziato, in quanto ottenuto dall'autore del reato, ad esempio, avvalendosi della propria superiorità in termini di età, maturità, stato sociale, posizione, esperienza, ovvero abusando dello stato di dipendenza della vittima dalla propria persona); iii) con riferimento alla pedopornografia virtuale, quando la produzione e il possesso di materiale pedopornografico sia ad uso privato, e sempreché nella realizzazione di tale materiale non sia stato utilizzato materiale pedopornografico reale o apparente e non vi siano rischi di diffusione.

Secondo la dottrina, le disposizioni della Decisione quadro in materia di esclusione della responsabilità penale testimoniano che il Consiglio ha inteso adottare un'azione forte a tutela dei diritti dei minori, ma al contempo «equilibrata», tenendo conto degli altri interessi in gioco ed in particolare del minor disvalore da riconoscere a ipotesi di pedopornografia in cui vi sia il consenso pienamente valido del soggetto maggiore degli anni quattordici, ovvero quando si tratti di materiale virtuale, per la produzione del quale non sia stato utilizzato materiale né reale né apparente, ovvero ancora quando vi sia un uso esclusivamente privato del materiale medesimo²⁶⁹.

Alle condotte che gli Stati membri sono impegnati ad incriminare ai sensi degli artt. 2-3 della Decisione quadro, si aggiungono anche quelle contenute nell'art. 4, che impone

²⁶⁹ Cfr. per tutti, HELFER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile, Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 20.

l'adozione delle misure necessarie a rendere punibili l'istigazione, il favoreggiamento, il concorso nelle predette ipotesi di reato relative allo sfruttamento sessuale dei bambini ed alla pornografia infantile; per quanto concerne invece il tentativo, questo è ammesso per le ipotesi di produzione, distribuzione, diffusione o trasmissione di pornografia infantile (art. 3, par. 1 lett. a e b).

Per quanto concerne le pene e le circostanze aggravanti, l'art. 5 della Decisione quadro prevede sanzioni di tre tipologie: pene dirette a privare il responsabile della libertà personale, pene di natura interdittiva (interdizione in via temporanea o permanente dall'esercizio di attività professionali attinenti alla cura dei bambini) e sanzioni di carattere non penale (quest'ultime esclusivamente in relazioni alla pedopornografia virtuale).

La Decisione quadro in commento prevede inoltre espressamente, in caso di commissione dei reati di sfruttamento sessuale e pedopornografia, la responsabilità penale delle persone giuridiche e le sanzioni ad esse applicabili, quali l'esclusione dal godimento di un beneficio o aiuto pubblico, il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale, l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria, l'adozione di provvedimenti giudiziari di scioglimento, la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato (artt. 6-7). La responsabilità è riconosciuta in capo alla persona fisica che abbia agito individualmente o che abbia agito «in quanto membro di un organismo della persona giuridica, che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica». Inoltre, per espressa previsione, la responsabilità sussiste anche in relazione a condotte omissive, ovvero nei casi in cui la mancata sorveglianza o il mancato controllo abbiano permesso ad una persona sottoposta di compiere i reati previsti dalla Decisione quadro.

L'art. 9, rubricato «Protezione ed assistenza delle vittime», sancisce l'obbligo per gli Stati di introdurre la procedibilità d'ufficio per i reati di cui alla Decisione quadro quantomeno nei casi il cui siano stati commessi parzialmente nel territorio di uno Stato membro, di considerare le vittime di sfruttamento sessuale minori d'età «vittime particolarmente vulnerabili» ai fini di quanto previsto dalla Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, ed inoltre di adottare tutte le misure atte ad assicurare un'appropriata assistenza alla famiglia della vittime.

Infine, per quanto concerne l'art. 8, trattasi di disposizione che impegna ciascuno Stato membro ad adottare le misure necessarie a stabilire la propria competenza giurisdizionale in relazione ai reati previsti dalla Decisione quadro nelle ipotesi in cui questi siano commessi anche solo parzialmente sul proprio territorio, o l'autore del reato sia un proprio cittadino o ancora il reato sia commesso a beneficio di una persona giuridica che ha la sua sede nel proprio territorio. In particolare, in relazione alla pedofilia telematica, la norma in commento prevede che ciascuno Stato membro garantisca la propria competenza giurisdizionale ogniqualvolta il reato sia commesso «a mezzo di un sistema informatico a cui l'autore ha avuto accesso dal suo territorio, a prescindere dal fatto che il sistema si trovi o no su tale territorio».

4.2.2 *Ulteriori atti rilevanti*

Accanto agli strumenti fin qui descritti, devono inoltre essere ricordati alcuni ulteriori atti adottati dalle istituzioni comunitarie in materia di tutela dei diritti dei minori nei rapporti con i *media*, incluso Internet: la Decisione n. 276/1999/CE sul piano d'azione comunitario pluriennale per promuovere l'uso sicuro di Internet attraverso la lotta alle informazioni di contenuto illegale e nocivo diffuse attraverso le reti globali (*Safer Internet*) adottata dalla Commissione il 25 gennaio 1999²⁷⁰; la Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, che sarà oggetto di separato esame nel successivo Capitolo IV in relazione agli obblighi posti in capo ai *provider* e alle responsabilità ad essi connesse²⁷¹; la Direttiva 2002/58/CEE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche del 12 luglio 2002²⁷², adottata al fine di armonizzare le disposizioni degli Stati membri necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, nonché per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno della Comunità; la Decisione

²⁷⁰ G.U.C.E. del 6 febbraio 1999, n. L 33/1.

²⁷¹ G.U.C.E. del 17 luglio 2000, n. L 178.

²⁷² G.U.C.E. del 31 luglio 2002, n. L 201.

854/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un programma comunitario pluriennale inteso a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie *on line* (*Safer Internet Plus*) dell'11 maggio 2005²⁷³; la Decisione 1351/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a un programma comunitario pluriennale per la protezione dei bambini che usano Internet e altre tecnologie di comunicazione (*Safer Internet Programme 2008-2013*) del 16 dicembre 2008²⁷⁴.

Per quanto concerne il *Safer Internet Programme 2008-2013*, si tratta del nuovo programma che segue quelli del 1999 e del 2005. La Decisione 1351/2008/CE ha previsto una dotazione di 55 milioni di euro al fine di proteggere i minori nei confronti degli abusi perpetrati su Internet e attraverso i telefoni cellulari tramite, principalmente, la creazione di una rete per l'identificazione dei siti illeciti, ed in particolare di quelli che diffondono materiale pedopornografico.

Le principali finalità del nuovo programma sono rappresentate da: i) riduzione dei contenuti illeciti e lotta contro i comportamenti dannosi *on line*, da attuarsi tramite la creazione di punti di contatto nazionali ai quali segnalare tali contenuti e comportamenti, in particolare il materiale pedopornografico e le manipolazioni psicologiche sui minori a scopi sessuali (il *grooming*), e ai quali rivolgersi per ricevere informazioni su come navigare in sicurezza; ii) promozione di un ambiente su Internet più sicuro, incoraggiando le iniziative di autoregolazione e promuovendo il coinvolgimento dei minori attraverso la partecipazione alla discussione da parte di gruppi di giovani; iii) sensibilizzazione del pubblico, destinati in particolare ai minori, ai loro genitori e agli insegnanti; iv) creazione di una base di conoscenze in materia, riunendo i ricercatori attivi nel campo della sicurezza dei minori *on line* a livello europeo e finanziando specifici interventi miranti all'approfondimento e coordinamento delle conoscenze dei ricercatori del settore in merito all'utilizzo delle nuove tecnologie da parte dei minori e sugli effetti ed i rischi di tali tecnologie al fine di migliorare l'efficacia degli interventi in atto nell'ambito del programma *Safer Internet*.

²⁷³ G.U.C.E. del 11 giugno 2005, n. 149 L 1.

²⁷⁴ G.U.C.E. del 24 dicembre 2008, n. L 348/118. Accessibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/index_en.htm

4.2.3 *La nuova strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*

Negli ultimi anni, peraltro, come si evince anche dalla Comunicazione «Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori»²⁷⁵, adottata dalla Commissione europea il 4 luglio 2006, l'Unione europea ha inteso adottare un nuovo approccio, trasversale e transettoriale, alle problematiche generali della salvaguardia e della promozione dei minori nelle proprie politiche interne ed esterne, focalizzando la propria attenzione sull'imprimere nuovo impulso e arricchire di contenuti le politiche ed azioni in materia e sul sostegno da fornire agli Stati membri in relazione agli interventi compiuti e da compiere in tale direzione a livello nazionale.

Il 16 gennaio 2008, il Parlamento europeo adotta a sua volta una Risoluzione su una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori²⁷⁶, in cui, tra le priorità, afferma che «la violenza contro i minori è ingiustificabile, qualunque forma essa assuma e in qualsiasi contesto sia essa perpetrata, incluso quello domestico, e deve essere condannata; chiede pertanto una legislazione comunitaria che vieti qualsiasi forma di violenza, abusi sessuali, punizioni umilianti e pratiche tradizionali lesive; condanna tutte le forme di violenza contro i minori inclusa la violenza fisica, psicologica e sessuale, quali la tortura, l'abuso e lo sfruttamento dei minori, il sequestro dei minori, la tratta o la vendita dei minori e dei loro organi, la violenza domestica, la pornografia infantile, la prostituzione infantile, la pedofilia e le pratiche tradizionali violente quali la mutilazione genitale femminile, i matrimoni forzati e i delitti d'onore».

A testimonianza del sempre crescente interessamento dell'Unione europea alla questione della protezione dell'infanzia, deve essere ricordata inoltre la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008²⁷⁷. La Risoluzione in commento, rispettivamente ai punti 59 e 60, invita gli Stati membri e l'Unione europea «a riconoscere e ad affrontare lo sfruttamento sessuale in tutte le sue forme; è del parere che debbano risponderne gli Stati membri che non si sono conformati alla legislazione comunitaria in materia di lotta

²⁷⁵ COM(2006) 367 def., non pubblicato in G.U.C.E., accessibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0367_/com_com\(2006\)0367_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0367_/com_com(2006)0367_it.pdf).

²⁷⁶ 2007/2093(INI), accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:041E:0024:0046:IT:PDF>.

²⁷⁷ 2007/2145(INI), accessibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//IT>.

contro la tratta degli esseri umani; ritiene che gli Stati membri debbano ratificare il protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani; invita la Commissione ad attuare il piano d'azione sulla tratta di esseri umani» e sottolinea «l'esigenza di aumentare la sensibilizzazione pubblica quanto al diritto alla salute riproduttiva e sessuale e chiede agli Stati membri di garantire che le donne possano godere pienamente di tali diritti, di istituire un'adeguata educazione sessuale, informazioni e servizi di consulenza riservati e di facilitare i metodi di contraccezione onde prevenire gravidanze».

Per quanto concerne gli interventi più recenti, deve essere menzionata ancora la Raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile del 3 febbraio 2009²⁷⁸.

La Raccomandazione concerne in particolare la lotta contro gli abusi *online*, l'ampliamento delle circostanze aggravanti relative ai reati sessuali su minori, le strategie per prevenire il rischio di recidiva e la promozione delle denunce e delle misure per tutelare le vittime, anche potenziali, di abusi²⁷⁹. Nella Raccomandazione in esame, il Parlamento europeo auspica anche che il Consiglio assista gli Stati membri che non hanno ancora completamente attuato la Decisione quadro 2004/68/GAI a farlo «nel più breve tempo possibile» e che tutti gli Stati membri ratifichino le principali convenzioni internazionali in materia, ed in particolare la recente Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del 2007 adottata dal Consiglio d'Europa. Il Parlamento europeo chiede inoltre che si proceda alla revisione

²⁷⁸ 2008/2144(INI), accessibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0040+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT>.

²⁷⁹ In particolare, è prevista la punizione di chi, apertamente o meno, gestisce siti, *chat* e *forum* tesi all'adescamento dei minori (*grooming*); a tal proposito, deve ricordarsi che, in occasione della Giornata mondiale per la sicurezza in Internet del 10 febbraio 2009, la Commissione europea ha stipulato un accordo con varie aziende *web* per monitorare i principali siti di *social networking* (*Facebook*, *MySpace*), in seno al programma *Safer Internet 2008-2013*. È prevista inoltre un'attività di controllo e monitoraggio, con contempra, tra l'altro, l'oscuramento di siti pedofili in collaborazione con i gestori Internet, o di altri siti che pubblicizzano i reati previsti dalla Decisione quadro 2004/68/GAI, nonché il ritiro di tutto il materiale pedopornografico, il blocco dei meccanismi di pagamento *online* e la promozione dell'uso di filtri anti-porno da parte degli utenti. In tema di recidiva, invece, viene raccomandata la creazione di sistemi nazionali di gestione per gli autori di reati a sfondo sessuale che comprendano la valutazione del rischio, programmi di intervento per prevenire il rischio di recidiva e la disponibilità di terapie per gli autori di reati di questo tipo. Con riferimento poi alla tutela delle vittime, si raccomanda, tra l'altro, l'istituzione di un sistema di allerta per i minori scomparsi, al fine di migliorare la cooperazione fra gli Stati dell'Unione europea in tale settore.

della Decisione quadro 2004/68/GAI sopra citata «in modo da elevare il livello di protezione almeno sino a quello previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa e da restringere il campo sugli abusi connessi a Internet e ad altre tecnologie della comunicazione».

Dalla lettura della raccomandazione in esame emerge chiaramente la consapevolezza dei deputati europei che la complessità di fenomeni transnazionali quali i reati sessuali commessi a danno di minori, unita alle difficoltà connesse all'utilizzo da parte degli autori di tali reati delle nuove tecnologie, in costante evoluzione, richiede, per essere adeguatamente ed efficacemente gestita, l'elaborazione di una strategia integrata e che si svolga su più livelli, quali gli atti internazionali vincolanti, le iniziative volontarie degli ordinamenti nazionali, la collaborazione e la coordinazione a livello transfrontaliero, le campagne di educazione e sensibilizzazione dell'utenza.

4.2.4 Le recentissime proposte della Commissione di riforma della Decisione 2000/375/GAI e della Decisione quadro 2004/68/GAI

Il 25 marzo 2009, anche in accoglimento le istanze formulate dal Parlamento europeo nella sopra citata Raccomandazione del 3 febbraio 2009, la Commissione europea ha adottato inoltre due nuove proposte di decisione quadro²⁸⁰ dirette a inasprire la lotta contro la tratta degli esseri umani e l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, destinate a sostituire la normativa la Decisione 2000/375/GAI e la Decisione quadro 2004/68/GAI in vigore rispettivamente dal 2002 e dal 2004, con lo specifico fine di garantire l'allineamento con le norme europee più elevate, una migliore assistenza alle vittime e un'azione penale più dura contro gli autori dei suddetti reati, tenendo conto anche della rapida evoluzione delle tecnologie nel *cyberspace*.

La proposta relativa alla lotta contro la tratta di esseri umani mira a prevenire e combattere il fenomeno attraverso un approccio globale e integrato da parte di tutti gli

²⁸⁰ Si tratta della Proposta di decisione quadro del Consiglio relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, che abroga la decisione quadro 2004/68/GAI (COM(2009) 135 def., accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0135:FIN:IT:PDF>) e della Proposta di decisione quadro del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI (COM(2009) 136 def., accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0136:FIN:IT:PDF>).

Stati membri, proteggendo i diritti delle vittime, ed in particolare dei minori. A tal fine, è previsto il potenziamento della cooperazione internazionale tra le autorità competenti e il processo di ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri, migliorando la definizione del reato di tratta²⁸¹, predisponendo sanzioni effettive e proporzionate alla condotta e garantendo appieno il diritto di difesa delle vittime nel procedimento penale, nonché collegando le politiche sulla tratta di esseri umani alle politiche di immigrazione, nel rispetto dei diritti dei minori. La proposta mira inoltre a far sì che gli autori del reato siano perseguiti anche se hanno commesso il fatto all'estero: l'art. 8, infatti, contiene norme di giurisdizione extraterritoriale di portata più ampia e più vincolante rispetto alla Decisione quadro da abrogarsi, che obbligano gli Stati membri a perseguire i propri cittadini e residenti abituali che abbiano commesso il reato al di fuori del proprio territorio, e stabiliscono che, se un reato rientra nella giurisdizione di più Stati membri, ciascuno di questi può esercitare l'azione penale in relazione ai medesimi fatti, dovendo in ogni caso tutti collaborare al fine di individuare quale il Paese che perseguirà gli autori del reato per accentrare, se possibile, l'azione penale in unico Stato membro e agevolare così la cooperazione tra le rispettive autorità giudiziarie. La Proposta prevede inoltre le seguenti misure: i) un trattamento specifico per i minori («vittime vulnerabili») nel quadro dei procedimenti penali allo scopo di evitare la vittimizzazione secondaria (ad esempio, evitando il contatto visivo fra vittima ed autore del reato e deposizioni in udienze pubbliche, o garantendo consulenza legale gratuita ed assistenza legale, anche ai fini di una domanda di risarcimento); ii) un ampliamento del campo di applicazione della disposizione sulla non applicazione di sanzioni alle vittime

²⁸¹ L'art. 1 (*Reati di tratta*) della Proposta dispone:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti:

il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di autorità o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento.

2. Si verifica posizione di vulnerabilità quando la persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima.

3. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività associate all'accattonaggio o di attività illecite, o il prelievo di organi.

4. Il consenso della vittima della tratta di esseri umani allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante in presenza di uno dei mezzi indicati al paragrafo 1.

5. La condotta di cui al paragrafo 1, qualora coinvolga minori, è punita come reato di tratta degli esseri umani anche in assenza di uno dei mezzi indicati al paragrafo 1.

6. Ai fini della presente decisione quadro per "minore" si intende la persona di età inferiore agli anni diciotto».

coinvolte in attività illecite, a prescindere dal mezzo illecito utilizzato dai trafficanti; iii) un innalzamento del livello di assistenza alle vittime, specialmente per quanto riguarda le cure mediche e l'assistenza psicologica; iv) l'introduzione, in relazione agli strumenti di indagine, della possibilità che il procedimento penale possa continuare anche se la vittima ritratta le proprie dichiarazioni, della possibilità che i reati di cui si tratta possano essere perseguiti per un congruo periodo di tempo dopo che la vittima ha raggiunto la maggiore età (in misura proporzionata alla gravità del reato in questione), nonché della possibilità per le persone, unità o servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui si tratta di ricevere la necessaria formazione e di disporre degli strumenti investigativi utilizzati per i casi di criminalità organizzata, quali le intercettazioni telefoniche, la sorveglianza elettronica e le indagini finanziarie; v) l'adozione di misure preventive volte a scoraggiare la domanda di prestazioni sessuali e di manodopera a buon mercato, a promuovere la formazione regolare di funzionari e della polizia locale che possano entrare in contatto con vittime effettive o potenziali, affinché siano in grado di individuare tali vittime e di occuparsi delle vittime particolarmente vulnerabili, nonché l'incriminazione di chi ricorre ai servizi di una persona sapendo che questa è vittima della tratta di esseri umani; vi) la responsabilità delle persone giuridiche in relazione ai reati di tratta commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica e che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica; vii) l'istituzione di organi indipendenti di monitoraggio incaricati di misurare i risultati delle azioni previste.

Per quanto concerne invece la Proposta relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori, quanto al diritto penale sostanziale, le principali modifiche alla disciplina di cui alla Decisione quadro 2004/68/GAI riguardano: i) la previsione come reati di alcune forme gravi di abuso sessuale e sfruttamento sessuale dei minori non ancora contemplate dalla normativa comunitaria, quali ad esempio l'organizzazione di viaggi a fini sessuali; ii) la modifica della definizione di "pedopornografia" al fine di ravvicinarla a quella della Convenzione STCE n. 201 per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali adottata nel 2007 dal Consiglio d'Europa²⁸²; iii) la rilevanza da riconoscersi ai reati commessi a danno di

²⁸² L'art. 1 (*Definizioni*) della Proposta dispone:

minori che si trovino in una situazione di particolare vulnerabilità, come, ad esempio, i minori non accompagnati; iv) la previsione come reati delle nuove forme di abuso e sfruttamento sessuale favorite dall'uso di strumenti informatici, come l'accesso consapevole a materiale pedopornografico, per coprire i casi in cui visionare materiale pedopornografico su un sito senza scaricare o conservare le immagini non equivale a "detenere" o "procurarsi" materiale pedopornografico; v) l'introduzione del nuovo reato di adescamento di minori su Internet a fini di abuso (*grooming*), con una formulazione analoga a quella della Convenzione del Consiglio d'Europa (art. 5); vi) l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche, analogamente a quanto previsto nella Proposta di decisione quadro relativa alla tratta di esseri umani. Per quanto concerne invece il diritto processuale, la Proposta prevede l'adozione di una serie di disposizioni miranti a: i) prevedere una giurisdizione extraterritoriale, analogamente a quanto previsto nella Proposta di decisione quadro relativa alla tratta di esseri umani; ii) agevolare lo svolgimento delle indagini e dell'azione penale, anche tramite l'introduzione di un meccanismo di coordinazione dell'azione penale tra più giurisdizioni²⁸³; iii) proteggere le vittime dei reati in commento, assicurando loro la possibilità di accedere agevolmente ai mezzi di impugnazione senza per questo subire le conseguenze per loro pregiudizievoli derivanti dalla partecipazione al procedimento penale (i bambini vittime di abusi devono poter testimoniare senza doversi trovare di fronte all'autore del reato in tribunale, in modo da evitare traumi aggiuntivi, e ricevere

«Ai fini della presente decisione quadro, si intende per:

a) "minore": la persona di età inferiore agli anni diciotto;

(b) "pedopornografia" o "materiale pedopornografico": (i) il materiale che ritrae visivamente un minore, o altra persona che sembra un minore, ovvero immagini realistiche di un minore inesistente, in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure (ii) la rappresentazione per scopi prevalentemente sessuali degli organi sessuali di un minore, o di altra persona che sembra un minore, ovvero di immagini realistiche di un minore inesistente;

(c) "prostituzione minorile": l'utilizzo di un minore per atti sessuali, mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altra remunerazione o vantaggi contro la partecipazione a tali atti, a prescindere che il pagamento, la promessa o i vantaggi vadano al minore o a terzi;

(d) "spettacolo pornografico": l'esibizione di fronte a un pubblico: (i) di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure (ii) degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali;

(e) "sistema d'informazione": qualsiasi dispositivo o sistema di dispositivi interconnessi o collegati, uno più dei quali operano il trattamento automatico di dati secondo un programma».

²⁸³ Peraltro, in materia, il meccanismo potrebbe risultare superato in caso di definitiva adozione della disciplina contenuta nella Proposta di una decisione quadro del Consiglio relativa alla prevenzione e alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione nei procedimenti penali (5208/2009) presentata il 20 gennaio 2009 ad iniziativa della Repubblica ceca, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia, della Repubblica slovacca e del Regno di Svezia.

consulenza e assistenza legale gratuita); iv) prevenire i casi di abuso e sfruttamento sessuale di minori mediante azioni mirate sulle persone con precedenti penali per prevenirne la recidiva (si prevede, in particolare, che i colpevoli siano sottoposti ad un esame individuale e abbiano accesso ad un trattamento personalizzato), e finalizzate a limitare l'accesso alla pedopornografia a mezzo Internet attraverso sistemi atti ad impedire l'accesso alle pagine *web* pubblicamente accessibili contenenti materiali illeciti; v) introdurre l'interdizione del condannato dall'esercizio di attività che comportino contatti con minori in tutto il territorio dell'Unione europea.

4.2.5 La Raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio sul «Rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet» del 26 marzo 2009

La rilevanza delle nuove tecnologie e la gravità dell'analfabetismo elettronico anche in relazione al perseguimento dell'obiettivo della protezione dei minori è stata ribadita anche recentemente dal Parlamento europeo nella Raccomandazione al Consiglio sul «Rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet», approvata il 26 marzo 2009²⁸⁴.

Si legge nel Considerando A che «l'evoluzione di Internet dimostra che esso sta diventando uno strumento indispensabile per promuovere iniziative democratiche, un nuovo foro per il dibattito politico (ad esempio, per campagne elettroniche e il voto elettronico), uno strumento fondamentale a livello mondiale per esercitare la libertà di espressione (ad esempio il *blog*) e per sviluppare attività commerciali, nonché uno strumento per promuovere l'acquisizione di competenze informatiche e la diffusione della conoscenza (*e-learning*)» e che «Internet ha anche apportato un numero crescente di vantaggi per persone di ogni età, per esempio quello di poter comunicare con altri individui in ogni parte del mondo, estendendo in tal modo la possibilità di acquisire familiarità con altre culture e aumentare la comprensione di popoli e culture diversi» e «ha anche ampliato la gamma delle fonti di notizie a disposizione dei singoli, che

²⁸⁴ 2008/2160(INI), accessibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0194+0+DOC+XML+V0//IT>.

possono ora attingere a un flusso di informazioni proveniente da diverse parti del mondo».

A fronte dell'importanza riconosciuta al nuovo *medium* e della sua peculiare natura che gli consente di dare pieno significato alla definizione di libertà di espressione sancita all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare nella sua dimensione "senza limiti di frontiera", il Parlamento europeo afferma che se i crimini su Internet devono essere combattuti con efficacia e determinazione, questa lotta non può alterarne la natura, fundamentalmente libera e aperta, della Rete.

Torna pertanto il delicato tema della «necessità di riflettere (a livello nazionale e internazionale, in ambito pubblico e privato) sulla maniera in cui le libertà fondamentali degli utenti di Internet, nonché la loro sicurezza, sono rispettate e protette».

Sulla base di tali premesse, il Parlamento europeo rivolge al Consiglio una serie di raccomandazioni che individuano quattro diversi ambiti di azione: garantire a tutti i cittadini dell'Unione europea un «pieno e sicuro» accesso ad Internet, combattere la cybercriminalità, rivolgere un'attenzione costante alla protezione assoluta ed a una maggiore promozione delle libertà fondamentali su Internet, e, infine, adottare le necessarie iniziative a livello internazionale (prime tra tutte, l'approvazione della Carta dei diritti di Internet).

4.3 La Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e la consegna ex art. 2, comma 2, a prescindere dalla doppia incriminazione per i delitti di sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile

Sotto diverso profilo, deve citarsi la Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri del 13 giugno 2002²⁸⁵, che introduce un importante strumento processuale che «si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri»²⁸⁶ e muove un passo ulteriore nel senso della creazione di un diritto penale europeo²⁸⁷.

²⁸⁵

Accessibile

all'indirizzo

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:IT:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:IT:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:IT:PDF).

²⁸⁶ X Considerando della Decisione quadro.

²⁸⁷ Osserva autorevole dottrina che «è chiaro, dunque, che le norme del 2002 imprimono un'accelerazione formidabile allo sviluppo del diritto penale europeo, almeno sulla carta - non senza una certa dose di

In particolare, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della Decisione quadro, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile²⁸⁸ sono stati inseriti nella lista dei reati che danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo – in deroga alla regola generale²⁸⁹ – indipendentemente dalla c.d. “doppia incriminazione” per il reato²⁹⁰, purché nello Stato membro emittente il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà previsto sia pari o superiore ad anni tre.

Gli artt. 3 e 4 della Decisione quadro – recepite dall'art. 18 della Legge 22 aprile 2005, n. 69 recante «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri»²⁹¹ – ammettono largamente motivi di rifiuto, rispettivamente obbligatori e facoltativi, della consegna in base al mandato d'arresto europeo che, secondo autorevole dottrina, se adeguatamente valorizzati

faciloneria, e sulla base di un'interpretazione fortemente estensiva delle competenze dell'Unione. Non meraviglia che, a differenza dei precedenti, queste novità abbiano destato tanto interesse, e anche tanta critica e tanto sospetto. Questi ultimi il più delle volte sono mal centrati quando non infondati, ma l'intuizione che li assiste coglie immediatamente il punto cruciale: secondo la prospettiva europea la sovranità nazionale è ampiamente pregiudicata anche sul piano penalistico» (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. econ.*, 2004, 1128 ss.; v. inoltre BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 787 ss.). Si è peraltro evidenziato criticamente che la norma di cui all'art. 2 della Decisione quadro deve scontare l'assenza di omogeneità tra le fattispecie di reato in essa elencate, non potendosi non constatare la divergenza esistente tra le normative in vigore nei diversi Stati membri anche in relazione ai delitti di sfruttamento sessuale e pedopornografia (CENTONZE A., *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, 468). Cfr. per ulteriori commenti circa la Decisione quadro in esame, MANACORDA S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 789 ss.; SALAZAR L., *Commento alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1041 ss.; ROSI E., *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato d'arresto europeo: l'UE “lancia il cuore oltre l'ostacolo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 377 ss.

²⁸⁸ Tra gli altri, sono stati inclusi nella lista anche i reati di tratta di esseri umani e la criminalità informatica.

²⁸⁹ Il comma 1 dell'art. 2 della Decisione quadro prevede invece quale regola generale la necessità della doppia incriminazione, in quanto stabilisce che «Il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi».

²⁹⁰ La c.d. “doppia incriminazione” sta ad indicare l'esistenza di una omologa previsione come reato all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto del fatto contestato come tale nel mandato d'arresto.

²⁹¹ G.U. del 29 aprile 2005, n. 98. Sul recepimento della Decisione quadro nell'ordinamento italiano, cfr. GALANTINI N., *L'adattamento del mandato d'arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. pen.*, 2005, 4086 ss.

valgono a sdrammatizzazione i rischi destinati a sorgere dall'art. 2, comma 2, della Decisione quadro medesima²⁹².

L'art. 8 (*Consegna obbligatoria*) della Legge 69/2005 ha recepito quanto previsto dall'art. 2, comma 2, della Decisione quadro, individuando peraltro in modo più dettagliato le fattispecie per le quali si può far luogo alla consegna in base al mandato d'arresto europeo, indipendentemente dalla doppia incriminazione, «sempre che, escluse le eventuali aggravanti, il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale sia pari o superiore a tre anni». Per quanto rileva ai fini di questo studio, tra tali fattispecie figurano « [...] c) costringere o indurre una o più persone, mediante violenza, minaccia, inganno o abuso di autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio di uno Stato, o a trasferirsi all'interno dello stesso, al fine di sottoporla a schiavitù o al lavoro forzato o all'accattonaggio o allo sfruttamento di prestazioni sessuali; d) indurre alla prostituzione ovvero compiere atti diretti al favoreggiamento o allo sfruttamento sessuale di un bambino; compiere atti diretti allo sfruttamento di una persona di età infantile al fine di produrre, con qualsiasi mezzo, materiale pornografico; fare commercio, distribuire, divulgare o pubblicizzare materiale pornografico in cui è riprodotto un minore [...]»²⁹³.

Alla luce di tale previsione, attenta dottrina ha evidenziato come si sia preso atto dell'insufficienza dell'intervento nazionale in relazione alla lotta contro i crimini di sfruttamento sessuale dei minori e contro i crimini informatici, che per la loro gravità e potenzialità offensiva, per il loro carattere transazionale e per la circostanza che sono imputabili a complesse organizzazioni criminali, necessitano di una risposta che comporta l'utilizzazione anche di «strumenti di cooperazione giudiziaria interstatale

²⁹² Sul punto, v. MANACORDA S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 789 ss.; DAMATO A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano, Parte I e Parte II*, in *Dir. Un. Eu.*, 2005, 21 ss. e 203 ss.

²⁹³ Per quanto concerne la criminalità informatica, la lettera m) dell'art. 8 che aggiunge all'elenco solo le condotte di «commettere, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, un fatto diretto a introdursi o a mantenersi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero danneggiare o distruggere sistemi informatici o telematici, dati, informazioni o programmi in essi contenuti o a essi pertinenti». In merito alla norma in commento, peraltro, dottrina ha mosso dure critiche in relazione al delicato tema della possibile violazione del principio costituzionale di legalità e determinatezza delle fattispecie penali in essa indicate, nonché di quello dell'inviolabilità della libertà personale, di cui all'art. 13 Cost., e della indefettibilità della ricorribilità in Cassazione dei provvedimenti *de libertate* sancito dall'art. 111 Cost. (CAIANIELLO V., VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 462 ss.).

nella materia penale più elaborati ed articolati, che abbiano come punto di riferimento territoriale lo spazio giudiziario europeo»²⁹⁴.

Sotto diverso profilo, peraltro, non ci si può esimere dall'osservare che la semplificazione processuale connessa all'utilizzazione dello strumento del mandato d'arresto europeo trova la propria *ratio* giustificativa nel fine di agevolare il contrasto di fatti criminosi caratterizzati da un elevato grado di disvalore penale, fine che rappresenta deve rappresentare anche il limite di applicabilità dello strumento in commento, stante il pericolo diversamente di un eccessivo indebolimento delle garanzie individuali senza che sia rinvenibile una contrapposta necessità di approntare un'adeguata tutela a favore di interessi ritenuti prevalenti²⁹⁵.

Quanto ad ulteriori strumenti di cooperazione internazionale, deve essere ricordata anche l'istituzione della rete giudiziaria europea in materia penale²⁹⁶, con lo scopo di migliorare gli *standard* qualitativi della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, attraverso l'istituzione di uno o più punti di contatto a livello nazionale che forniscono informazioni di natura giuridica o pratica alle proprie autorità giudiziarie o a quelle degli altri Paesi membri²⁹⁷.

È stato inoltre previsto lo scambio di magistrati di collegamento²⁹⁸, finalizzato a facilitare ed accelerare tutte le forme di cooperazione giudiziaria, sia in materia civile che penale, mediante l'istituzione di contatti diretti con le autorità giudiziarie dello Stato di destinazione e lo scambio tra i rispettivi ordinamenti giuridici di dati statistici e di informazioni (anche in merito alle iniziative intraprese per realizzare la cooperazione tra magistrati, da comunicarsi annualmente al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea).

²⁹⁴ CENTONZE A., *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, 462.

²⁹⁵ In tal senso, cfr. MAMBRIANI A., *Il mandato d'arresto europeo. Adeguamento dell'ordinamento italiano e diritti della persona*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di PEDRAZZI M., Milano, 2004, 69 ss.

²⁹⁶ Azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del trattato sull'Unione europea, sull'istituzione di una Rete giudiziaria europea (G.U.C.E. del 7 luglio 1998, n. L 191/8).

²⁹⁷ Per un commento, v. CALVANESE E., DE AMICIS G., *La rete giudiziaria europea: natura, problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2001, 698 ss.

²⁹⁸ Azione comune 96/277/GAI del 22 aprile 1996 adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa ad un quadro di scambio di magistrati di collegamento diretto a migliorare la cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea (G.U.C.E. del 27 aprile 1996, n. L 105).

4.4 La promozione dei diritti dei minori nei rapporti con i Paesi terzi

L'Unione europea si è impegnata a promuovere i diritti dei minori anche sulla scena internazionale, nei rapporti con i Paesi terzi, con le altre organizzazioni internazionali ed anche con le organizzazioni della società civile che si occupano di infanzia.

Infatti, fin dall'inizio, la politica dell'Unione europea relativa alla protezione dei minori si è estesa anche al di fuori dello "spazio comunitario", e ciò per effetto sia degli accordi di partenariato stipulati con gli Stati terzi (ad esempio, l'Accordo di Cotonou firmato il 23 giugno 2000 tra l'Unione europea e gli Stati dell'Africa, Caraibi e Pacifico), in cui la tutela dei diritti fondamentali veniva a costituire un elemento decisivo per il dialogo politico, sia dei requisiti giuridici (inclusi nel c.d. "*acquis communautaire*"²⁹⁹) imposti ai Paesi candidati nell'ambito dei negoziati finalizzati al loro ingresso nell'Unione europea nell'ottica dell'allargamento³⁰⁰.

Per quanto concerne gli interventi più recenti in tale ambito, possono essere ricordati gli «Orientamenti dell'Unione europea in materia di promozione e tutela dei diritti del bambino»³⁰¹, adottati dal Consiglio il 10 dicembre 2007, che rappresentano la base della futura azione dell'Unione europea in materia di protezione e promozione dei diritti dei minori nella politica esterna. In essi, infatti, l'Unione europea ribadisce che «nella sua politica esterna in materia di diritti umani, è determinata ad osservare in via prioritaria, la promozione e la tutela di tutti i diritti del bambino, cioè delle persone di età inferiore a diciotto anni, tenendo conto dell'interesse superiore del bambino e del suo diritto alla tutela contro la discriminazione e alla partecipazione nei processi decisionali, in base ai principi della democrazia, dell'uguaglianza, della non discriminazione, della pace e della giustizia sociale e dell'universalità, indivisibilità, interdipendenza e interrelazione di tutti i diritti umani, incluso il diritto allo sviluppo». Per quanto concerne i principi fondamentali degli Orientamenti, l'Unione europea dichiara che nelle sue relazioni con i

²⁹⁹ Per "*acquis communautaire*" si intende quell'insieme di diritti, obblighi giuridici ed obiettivi politici che accomunano e vincolano gli Stati membri dell'Unione europea e che devono essere accolti senza riserve dai Paesi che intendano entrare a farne parte. I Paesi candidati, infatti, devono accettare l'*acquis* per poter aderire all'Unione europea e recepirlo nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, adattandoli e riformandoli in funzione di esso; dal momento in cui divengono Stati membri effettivi dell'Unione europea, essi devono poi applicarlo alla stregua degli altri Stati membri.

³⁰⁰ FIORAVANTI C., *I diritti dei minori nella dimensione della cooperazione intergovernativa dell'Unione europea e nelle relazioni con Stati terzi*, intervento al seminario di ricerca sul tema "*I diritti umani come sfida allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*", Venezia, 23 gennaio 2004, accessibile all'indirizzo <http://venus.unive.it/cde/040123FioravantiVE.pdf>.

³⁰¹ Accessibile all'indirizzo <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.it07.pdf>.

Paesi terzi e nelle sedi internazionali «promuoverà attivamente i suoi obiettivi riguardo alla promozione e alla tutela dei diritti del bambino quale parte integrante della politica esterna dell'UE in materia di diritti umani, incluso nei contesti dello sviluppo e della pace e sicurezza e promuoverà ulteriormente l'integrazione di questi obiettivi nelle altre politiche esterne dell'UE, anche tramite il dialogo politico, la cooperazione allo sviluppo, l'assistenza umanitaria e il processo di adesione; perseguirà un approccio basato sui diritti umani nell'attuazione di questi obiettivi, attenendosi ai principi generali della Convenzione sui diritti del fanciullo, segnatamente la non discriminazione, l'interesse superiore del fanciullo, la sua partecipazione, sopravvivenza e sviluppo; promuoverà un approccio globale, riaffermando così l'indivisibilità, l'interdipendenza e l'interrelazione dei diritti dei bambini, attribuendo nel contempo specifica attenzione ai settori prioritari di interesse; perseguirà la promozione e la tutela dei diritti del bambino in piena conformità con i pertinenti strumenti e *standard* internazionali, segnatamente la Convenzione sui diritti del fanciullo, tramite l'adozione di tutte le necessarie misure legislative, amministrative e di altro tipo, in particolare delle misure trasversali individuate come "misure generali di attuazione" dal Comitato sui diritti del fanciullo; mirerà allo sviluppo della capacità, per i "portatori di doveri" (gli Stati e i governi), di adempiere ai loro obblighi e, per i "detentori di diritti" (i bambini), di esercitare e rivendicare i loro diritti». Per quanto concerne l'attuazione degli Orientamenti, l'Unione europea si affida ai tradizionali strumenti del dialogo politico, delle «iniziative (in collegamento con dichiarazioni pubbliche, se del caso) per reagire agli sviluppi specifici pertinenti con un impatto sulla promozione e la tutela dei diritti dei bambini, in particolare allo scopo di ricordare ai Paesi terzi di adottare misure efficaci per promuovere e tutelare i diritti dei bambini», della cooperazione multilaterale e bilaterale, e dello sviluppo dei partenariati e del rafforzamento del coordinamento con gli attori internazionali. La lotta ad ogni forma di violenza sui bambini rappresenta un settore prioritario di specifico intervento da parte dell'Unione europea, come si legge nell'Allegato 1 agli Orientamenti che reca la «Strategia di attuazione per il settore prioritario "Tutte le forme di violenza sui bambini"». In relazione a tale settore, l'Unione europea precisa che seguirà un duplice orientamento basato sullo studio globale del Segretario Generale della Nazioni Unite «La violenza sui bambini», che consiste nel sottolineare, da un lato, «il carattere globale della questione della violenza

sui bambini che colpisce tutte le parti del mondo e promuovere il sostegno a livello mondiale alle raccomandazioni contenute nello studio del Segretario Generale della Nazioni Unite, se opportuno, in particolare nelle pertinenti sedi delle Nazioni Unite» e, dall'altro, nel sostenere «un'azione specifica per Paese volta a prevenire e a combattere tutte le forme di violenza sui bambini, tenendo conto delle diverse forme di violenza sui bambini nei vari Paesi/nelle varie regioni del mondo».

Un altro atto comunitario di rilievo è rappresentato dalla successiva Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Riservare ai minori un posto speciale nella politica esterna dell'Unione europea»³⁰², che, a completamento di quanto previsto dagli Orientamenti, contribuisce alla definizione di un piano d'azione per i minori nella politica esterna dell'Unione europea, basato su un approccio multidisciplinare che mira a tenere in considerazione i diversi aspetti della problematica e a coinvolgere nell'attuazione del piano le politiche umanitarie, di sviluppo, di sicurezza e dei diritti dell'uomo. In tale documento, per quanto attiene nello specifico al tema oggetto di questo studio, il Parlamento europeo, considerando che «lo sfruttamento commerciale dei minori è una grave violazione della loro dignità umana ed è contrario ai principi di giustizia sociale» (Considerando J), in particolare «chiede l'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e alle altre convenzioni relative all'esercizio dei diritti dei minori, all'adozione, allo sfruttamento sessuale, al lavoro minorile, alla protezione dei minori nei conflitti armati e agli abusi sui bambini» (Punto 7), e «plaudeficacia all'impegno della Commissione di affrontare le violazioni dei diritti dei bambini, quali il lavoro minorile, la tratta dei bambini, i bambini soldato, i bambini coinvolti nei conflitti armati e tutte le forme di violenza contro i bambini, compresi lo sfruttamento sessuale e le pratiche ataviche dannose; insiste tuttavia affinché l'attenzione sia posta sulle cause profonde e sulla prevenzione delle violazioni dei diritti del fanciullo» (Punto 24).

Peraltro, per quanto concerne l'Unione europea, nel corso della Conferenza intergovernativa del 19 ottobre 2007 è stato deciso di inserire i diritti dei bambini tra gli

³⁰² COM(2008) 55, non pubblicato in G.U.C.E., accessibile all'indirizzo http://cooperazione.formez.it/sections/documenti/comunicazione-riservare/downloadFile/attachedFile_f0/Comunicazione_Politica_esterna_UE_e_diritti_dei_minori.pdf?nocache=1202757935.8.

obiettivi specifici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona, cosicché il Trattato di riforma viene a creare oggi un nuovo quadro giuridico per la tutela dei diritti dei minori, e consentirà certamente di rafforzare a livello europeo la promozione e la protezione di tali diritti, sia all'interno dell'ordinamento comunitario, sia nel contesto delle relazioni esterne, secondo le approvate strategie dell'Unione europea sui diritti dei minori.

Per quanto concerne il contesto europeo, vi è dunque un sempre crescente numero di settori di competenza dell'Unione europea riguardano, direttamente o indirettamente, i diritti dei minori e si lavora già da tempo all'integrazione dei diritti dei minori in tutte le politiche e azioni interne ed esterne, al fine di individuare strumenti sempre più efficaci per promuovere i diritti dei bambini, adottando normative sovranazionali stringenti al fine di vincolare gli Stati membri e i Paesi terzi a perseguire tale obiettivo, riconoscendosi all'Unione europea una competenza – quantomeno “di fatto” – in tale ambito, anche in merito ai profili penali.

CAPITOLO III

LA LEGISLAZIONE PENALE ITALIANA CONTRO LO SFRUTTAMENTO

SESSUALE DEI MINORI, ANCHE A MEZZO INTERNET

1 L'ordinamento italiano e la tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale: una panoramica

Per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, la sfera dei diritti riconosciuti ai bambini è rimasta a lungo assai ridotta, e ciò ha influito inevitabilmente anche sull'evoluzione della loro tutela penale contro lo sfruttamento sessuale³⁰³.

Infatti, solo a partire dal secolo scorso sono state introdotte nel nostro ordinamento norme che attribuivano ai bambini specifici diritti o imponevano agli adulti comportamenti doverosi nei loro confronti. In particolare, negli anni Sessanta, ci si è avviati verso un pieno riconoscimento dei diritti del fanciullo, l'identificazione di uno statuto di tutela del bambino e la predisposizione di strumenti giuridici atti ad assicurargli sostegno, promozione e recupero anche in caso di difficoltà, nascendone così un embrionale diritto minorile, inteso anche in un'accezione più ampia di quella che lo riduceva esclusivamente a diritto penale minorile³⁰⁴.

³⁰³ Per uno studio organico dei diritti dei minori e della relativa tutela, v. MORO A.C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002; in diversa prospettiva, AA.VV., *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, a cura di MESTITZ A., Milano, 1997.

³⁰⁴ MORO A.C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, 3 e 7: «Il primo saggio minorile è apparso nel 1939 ma riguardava esclusivamente l'intervento penale nei confronti del minore [...]. Solo nel 1965 è apparso il primo manuale di diritto minorile che ha cercato di analizzare in modo compiuto e collegato la normativa civile e penale, processuale e organizzativa, elaborata a protezione e promozione della persona minorile. E' solo negli anni Settanta, che s'incomincia ad affermare che il minore non è portatore di meri interessi, ma titolare d'autentici diritti [...]». Secondo l'Autore «Il diritto minorile, in realtà, altro non è che il diritto dei diritti del minore e cioè il diritto che evidenzia, raccoglie e collega quell'insieme di diritti che, pur essendo propri di ogni cittadino, assumono una particolare connotazione in relazione ad un soggetto che si trova in condizioni di particolare debolezza e perciò appare meritevole di una particolare considerazione, e di uno specifico aiuto, per vedere facilitato il suo itinerario maturativo e il suo progressivo inserimento nella comunità sociale in cui è chiamato a vivere». V. per un'approfondita trattazione del tema, PALERMO FABRIS E., *Introduzione al sistema di giustizia penale minorile*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di PALERMO FABRIS E., PRESUTTA A., Milano, 2002, 3 ss.; LARIZZA S., *Evoluzione del diritto penale minorile*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di PALERMO FABRIS E., PRESUTTA A., Milano, 2002, 125 ss.

Ciò è avvenuto anche su impulso e in adesione alle istanze internazionali e comunitarie a favore della tutela dei minori in quanto soggetti autonomi di diritto, che chiedevano – tra l’altro – agli Stati di intervenire per la repressione dei fenomeni criminosi lesivi dei diritti fondamentali dei minori, nonché sulla base dell’affermazione contenuta nel dettato costituzionale del primato della persona umana.

Per quanto concerne gli atti internazionali e comunitari, vincolanti e non, di cui si è trattato nel precedente Capitolo di questo studio, con la loro sottoscrizione l’Italia si è infatti impegnata a perseguire come obiettivo primario la tutela dei fanciulli anche, per quanto rileva ai fini di questo studio, contro ogni tipo di sfruttamento. Rilevano in particolar modo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia, i cui principi devono essere rilette alla luce delle disposizioni contenute nella Convenzione di Strasburgo del 1996 sull’esercizio dei diritti dei minori³⁰⁵. Ad esempio, la fondamentale Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti dell’infanzia ha impegnato tutta la comunità internazionale e tutti gli organi istituzionali ad attuare un programma in cui la condizione minorile sia “particolarmente considerata” al fine di migliorare la qualità di vita dell’infanzia e dell’adolescenza e tutelare e promuovere la personalità del fanciullo ed i suoi diritti; nel proclamarla, peraltro, le Nazioni Unite hanno espressamente formulato l’invito a riconoscere tutti i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione e «*a fare in modo di assicurarne il rispetto per mezzo di provvedimenti legislativi e di altre misure da adottarsi gradualmente*», vincolando pertanto anche lo Stato italiano ad approntare un’adeguata tutela giuridica a favore dei minori.

Per quanto concerne invece le norme di rango costituzionale, al momento dell’entrata in vigore della Costituzione anche l’approccio alla tematica della tutela dei minori muta radicalmente: l’art. 2 Cost. in connessione diretta con l’art. 30 Cost., infatti, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo e, quindi, i diritti del fanciullo nella formazione sociale ove essenzialmente si svolge la sua personalità, ovvero la famiglia. Il fanciullo, membro del nucleo familiare, è così tutelato «come singolo nell’esercizio delle sue libertà fondamentali, anche attraverso il riconoscimento di una tendenziale e progressiva – in relazione al raggiungimento di capacità espressive autonome – parità di trattamento

³⁰⁵ TOMMASEO F., *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Famiglia e dir.*, 1999, 583 ss.

rispetto a chi è già completamente capace»³⁰⁶. Il comma 2 dell'art. 31 Cost. concerne invece espressamente specificamente i minori, e stabilisce il fondamentale principio secondo cui la Repubblica «pottegge [...] l'infanzia e la gioventù».

La dottrina afferma in proposito che la Costituzione prevede che il diritto del minore alla tutela è «un diritto che può qualificarsi inviolabile in base all'art. 2 Cost. Sebbene non originario ma speciale e derivato, in quanto conseguente al particolare *status* o posizione di “minore” nella comunità sociale. [...] Inoltre la tutela dell'infanzia e della gioventù enuncia un principio di straordinario rilievo per il suo valore politico. Tende a prefigurare un sistema di sicurezza sociale degno di uno Stato democratico. Il *favor minori*, infatti, si manifesta in tutte le sue forme: dall'istruzione e l'orientamento professionale della gioventù agli adeguati sistemi di attività ricreativa, dal diritto allo studio alla prevenzione e repressione dei fenomeni di delinquenza minorile. La realizzazione di tale programma, enunciato dall'art. 31 Cost. e definito dalle altre norme ispirate dalla medesima *ratio*, non solo corrisponde ad un interesse ed impegno dello Stato-comunità, bensì integra diritti soggettivi del minore, tanto profondi ed estesi quanto consistenti e ampie sono le previsioni degli artt. 2 e 3 comma 2 Cost.»³⁰⁷.

Alla luce del dettato costituzionale, pertanto, si rende necessario assicurare ai minori una tutela globale, dando effettiva attuazione al loro interesse ad uno sviluppo armonioso della propria personalità, interesse esistenziale senza dubbio riconducibile tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla nostra Costituzione, come interpretati dalla giurisprudenza italiana e da quella formatasi a Strasburgo presso la Commissione della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁰⁸.

Per quanto attiene poi al diverso profilo che viene in rilievo ai fini di questo studio del diritto dei minori a fruire di Internet ai fini del suo sviluppo formativo, la Costituzione implicitamente riconosce tale diritto attraverso l'art. 2 (che sancisce che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – e quindi anche del fanciullo – sia come singolo sia nell'ambito delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), e l'art. 3 (che riconosce pari dignità sociale ai cittadini e la necessità di metter tutti nelle condizioni sostanziali di uguaglianza, rimuovendo gli ostacoli che impediscono il pieno

³⁰⁶ GIARDINA F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 58-59.

³⁰⁷ Cfr. PUGLIESE V., *Il dovere statale di tutela del minore nel diritto secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. pen.*, 2001, 13 ss.

³⁰⁸ TOMMASEO F., *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Famiglia e dir.*, 1999, 583 ss.

sviluppo della persona umana e sancendo quindi implicitamente il diritto del fanciullo di essere favorito nel suo regolare processo evolutivo), nonché mediante le norme che tutelano specificamente la libertà di espressione (art. 21 Cost.) ed il diritto all'educazione ed alla formazione (artt. 30-31 Cost.).

Invece, per quanto riguarda la protezione dei minori rispetto al possibile effetto nocivo della Rete, vengono in rilievo il già citato art. 31 Cost. nella parte in cui evidenzia che è compito della Repubblica proteggere l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, nonché le norme che tutelano la dignità (art. 3), la salute (art. 32 Cost.), la riservatezza (art. 15) dell'individuo.

La condizione giuridica e l'esercizio dei diritti da parte dei bambini in Italia è disciplinata da una serie di disposizioni dettate dalla legislazione ordinaria, che vanno ad affiancarsi ai citati principi cardine costituzionali. Tra queste, riveste un ruolo di primaria importanza la norma generale sull'età di cui al comma 1 dell'art. 2 del Codice civile, che stabilisce che il raggiungimento del diciottesimo anno d'età costituisce il presupposto giuridico per «l'acquisto della capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa». Con la disposizione in commento, l'ordinamento giuridico individua preventivamente il momento a partire dal quale il soggetto può considerarsi capace di manifestare in modo cosciente e consapevole la propria volontà e di apprezzare i propri interessi, senza che sia necessario accertare di volta in volta il suo grado di maturità³⁰⁹.

Se tuttavia il diritto privato raffigura l'età come «un dato della personalità e un presupposto di fatto della capacità di agire» che viene in considerazione anche sotto l'aspetto del trattamento giuridico³¹⁰, diversamente, agli effetti della legge penale, si identificano una serie di definizioni di “minore” in relazione alle diverse fasce di età, in quanto, quando il minore d'età sia il soggetto passivo del reato³¹¹, è necessario guardare

³⁰⁹ Ripercorrendo quella che è l'evoluzione storica di questo istituto bisogna necessariamente partire dall'ordinamento francese. È al *Code Napoléon*, infatti, che si deve «l'assunzione dell'alternativa tra capacità e incapacità di agire del soggetto a schema razionalizzante dei rapporti tra struttura familiare e libertà di contratto. Questo semplice criterio ordinatore pone fine al precedente complesso sistema della capacità del soggetto di diritto, la cui maggiore età è un dato quasi esclusivamente formale, mentre determinante – ai fini della libertà di disposizione dei propri beni – è la sottoposizione o non sottoposizione alla patria potestà» (GIARDINA F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 5).

³¹⁰ TINELLO G., *La tutela del minore*, in AA.VV., *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, a cura di CASSANO G., Milano, 2001.

³¹¹ Nell'ipotesi invece in cui il minore d'età sia il soggetto autore del reato, l'identificazione del “minore” in termini di età è posta dagli artt. 97 e 98 c.p. e si parla di una tutela differenziata dello stesso, che

all'età di volta in volta indicata come rilevante nelle singole fattispecie incriminatrici applicabili al caso concreto³¹².

Deve peraltro evidenziarsi in merito che la dottrina penalistica si è occupata del tema della minore età prevalentemente nella prospettiva dell'autore del reato e dell'azione criminosa, piuttosto che in quella della vittima, pur se negli ultimi anni si è assistito ad un progressivo passaggio dalla prima alla seconda prospettiva, soprattutto grazie al ruolo svolto da atti di matrice sopranazionale che hanno posto la questione del minore-vittima al centro del dibattito degli ordinamenti penali nazionali.

Inoltre, deve sottolinearsi altresì che, mentre la dottrina civilistica è andata via via riconoscendo un sempre più complesso e variegato significato allo *status* del minore, in quanto soggetto debole e meritevole di protezione ma nei confronti del quale è necessario altresì svolgere un'attività di promozione dello sviluppo della personalità verso la maturità, anche alla luce delle più attuali esigenze dettate dalla prospettiva costituzionale, il dibattito in ambito penalistico si è risolto essenzialmente in un approccio a carattere settoriale. La tutela penalistica del minore, conseguentemente, è costruita «su un ampio spettro di fattispecie incriminatrici, allocate in sedi diverse e ciascuna potenzialmente in grado di cogliere solo un profilo della necessaria protezione da assicurare», non essendo stato ancora oggi creato un organico sistema di protezione del minore³¹³.

Infatti, se è vero che le sedi principali e naturali delle norme dettate in materia sono rappresentate dal Codice penale (che, ferma restando l'applicabilità ai minori di tutte le norme poste a tutela della persona o ad essa in qualche modo riconducibili, dedica al

usufruisce di un apposito ed autonomo processo penale, organi giurisdizionali creati *ad hoc* e specifiche misure (ROMANO B., *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Dir. fam.*, 1998, 1133 ss.).

³¹² Sul punto, cfr. RAMACCI F., *Reo e vittima*, in *Ind. pen.*, 2001, 7 ss., che osserva come «mentre esiste un diritto penale “dalla parte del reo”, esiste soltanto l'avvisaglia di un diritto penale “dalla parte della vittima”»; DI NUOVO S., GRASSO G., *Diritto penale e processuale minorile*, Milano, 2005; ANCESCHI A., *La tutela penale dei minori*, Milano, 2007, 66 ss.; ROMANO B., *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Dir. fam.*, 1998, 1133 ss.; BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Torino, 2008, *passim* e in particolare 841, che osserva come la disciplina dei diritti fondamentali dei minori rappresenti un settore in cui il ricorso alla sanzione penale va assumendo carattere di obbligatorietà; ID., *La minore età dalla parte della vittima*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di PALIERO C.E. e DOLCINI E., I, Milano, 2006, 837 ss.; MORO A.C., *Manuale di diritto penale minorile*, Bologna, 2002, 372 ss.

³¹³ Cfr. per tutti, LUPO M., *I reati sessuali sui minori a seguito delle leggi di riforma in materia. La nuova disciplina sulla pornografia alla luce della legge 38/2006: «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e a pedopornografia a messo Internet»*, in AA.VV., *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, a cura di LORUSSO S., MANNA A., Milano, 2007, 21 ss. e quivi 27.

specificamente al minore alcune norme³¹⁴) e dal Codice di procedura penale, tuttavia, la disciplina della tutela penale del minore è riconducibile altresì a numerose e rilevanti leggi complementari dedicate ai minori³¹⁵ oppure contenenti disposizioni ad essi espressamente riferite³¹⁶.

Con specifico riferimento alla tutela penale del minore contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale³¹⁷, accanto alle fattispecie incriminatrici che puniscono condotte lesive dell'incolumità psico-fisica dei minori previste dal Codice penale³¹⁸, si deve fare riferimento anzitutto alla Legge 20 febbraio 1958 n. 75 (c.d. "Legge Merlin") recante «Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui»³¹⁹. La legge ha disposto la chiusura di tutte le case di prostituzione, e, pur continuando a ritenere la prostituzione un fatto in sé penale irrilevante, ha incriminato le condotte di induzione, reclutamento, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione con riferimento alla «donna maggiore d'età» (art. 3). La minore età della vittima (età inferiore degli anni 21) era prevista come mera circostanza aggravante (art. 4, comma 1, n. 2)³²⁰.

³¹⁴ Nella Parte generale, possono segnalarsi gli artt. 111 e 112, n. 4, c.p.; nella Parte speciale, le sedi tradizionalmente dedicate alla tutela del minore sembravano essere identificabili principalmente nel Titolo IX («Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume»: art. 519 ss. c.p.) e nel Titolo XI («Dei delitti contro la famiglia»: art. 556 ss. c.p.) del Libro secondo, nonché in alcune contravvenzioni contemplate nel Libro terzo (ad esempio, le contravvenzioni concernenti la custodia di minori o di persone detenute di cui agli artt. 714 ss. c.p.).

³¹⁵ Ad esempio, la Legge 977/1967 sulla tutela del lavoro di fanciulli e adolescenti.

³¹⁶ Ad esempio, l'art. 80, lett. a, D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, che prevede un'aggravante specifica nel caso in cui le sostanze stupefacenti e psicotrope siano consegnate o comunque destinate a persona di età minore.

³¹⁷ In un'ottica più generale, per quanto concerne la legislazione ordinaria, l'attuazione dei richiamati principi internazionali e costituzionali è culminata nella riforma del diritto di famiglia del 1975, che «preparata da un *iter* che trova il suo punto di partenza nella legge del 1967 sull'adozione speciale, modifica la condizione giuridica del fanciullo nella famiglia: non più soggezione ma protezione che, col maturare del soggetto, tende a divenire partecipazione alla vita del nucleo familiare» (GIARDINA F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 64).

³¹⁸ Quali la violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), l'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.) e i maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.). In dottrina si è osservato come «Nonostante la rimeditazione e la ridislocazione operate dalla celebre legge n. 66/96 e dalle importanti novelle legislative ad essa successive, nel nostro ordinamento la disciplina penale a tutela del minore riflette ancora in molti punti l'ormai intollerabile *imprimatur* pubblicistico tipico del codice Rocco», pur riconoscendo che la tutela del minore da abusi sessuali «rappresenta nel complesso una normativa che guarda al fanciullo come persona» (LA ROSA M., *Minore età e abusi sessuali: punti fermi e questioni aperte nella legislazione penale e nel diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 213 ss.).

³¹⁹ G.U. del 4 marzo 1958, n. 55.

³²⁰ Tale circostanza aggravante è stata abrogata dall'art. 8 della Legge 269/1998, che si pone in rapporto di specialità rispetto alla Legge 75/1958; mentre, infatti, quest'ultima continua a sanzionare con riguardo alle persone maggiorenni le condotte incidenti sulla prostituzione, la Legge 269/1998 mira specificamente alla tutela del minore e della sua peculiare individualità e dignità, da condotte di sfruttamento sessuale

Altro punto di riferimento fondamentale per quanto attiene all'intervento penalistico in materia è rappresentato dalla Legge 15 febbraio 1996 n. 66 recante «Norme contro la violenza sessuale»³²¹. Al termine di un lungo processo di riforma, la Legge 66/1996 ha ridisegnato la disciplina della violenza sessuale, abrogando l'intero Capo I del titolo IX del Libro secondo del Codice penale ed incidendo anche sul successivo Capo II, che perde gli artt. 530, 539, 541, 542 e 543 (su tale capo, peraltro, era già intervenuta la Legge 75/1958). La legge in commento, al fine di valorizzare la tutela dell'individuo, ha collocato il reato di violenza sessuale tra i delitti contro la libertà personale (anziché tra quelli contro la moralità pubblica ed il buon costume), ed ha previsto alcune norme incriminatrici in cui la condotta assume rilievo penale in quanto la vittima è minorenni ed altre in cui la minore età della persona offesa è circostanza aggravante, evidenziando così il mutamento culturale intervenuto nella coscienza sociale e facendo registrare un «avanzamento nella promozione della tutela giuridica e giudiziaria del minore abusato sessualmente» stante la mutata concezione del bene giuridico tutelato³²². Con tale disciplina, il legislatore ha inteso reprimere qualsiasi attività sessuale che l'adulto possa compiere con un minore (infraquattordicenne), che, in ragione dell'immaturità anche sessuale del minore, rappresenta sempre un abuso atto a ledere il diritto di quest'ultimo ad un corretto sviluppo fisico e psichico.

Successivamente, il legislatore è intervenuto al fine di reprimere i casi in cui il compimento di atti sessuali con i minori comportava la commercializzazione della sessualità dei minori medesimi e l'utilizzo della loro persona per finalità di creazione e diffusione di materiale pornografico al fine di ottenere mediante ciò introiti economici. Lo «sfruttamento sessuale» dei minori viene dunque ad essere disciplinato per la prima volta con la Legge 3 agosto 1998 n. 269 recante «Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù»³²³, poi modificata dalla Legge 6 febbraio 2006, n. 38 recante «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet»³²⁴.

(cfr. sul punto, MUSACCHIO V., *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale "anti-pedofilia"*, in *Giust. pen.*, 1998, 665 ss. e quivi 667).

³²¹ G.U. del 20 febbraio 1996, n. 42.

³²² CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, 145.

³²³ G.U. del 10 agosto 1998, n. 185.

³²⁴ G.U. del 15 febbraio 2006, n. 38.

La disciplina in commento, diversamente da quella dettata in materia di prostituzione e violenza sessuale, ha dovuto confrontarsi con condotte lesive di molteplici profili della personalità del minore (libertà sessuale, ma anche diritto allo sviluppo, alla formazione e all'educazione, diritto alla formazione affettiva e relazionale), ed ha previsto l'incriminazione di alcuni gravi delitti (*in primis*, l'induzione, il favoreggiamento, lo sfruttamento della prostituzione minorile, la produzione e la detenzione di materiale pedopornografico e le iniziative di organizzazione e propaganda di viaggi volti a fruire della prostituzione minorile), collocandoli tra i delitti contro la personalità individuale, delitti il cui elemento caratterizzante è rappresentato proprio la minore età della vittima e che saranno oggetto di approfondita analisi nel prosieguo.

Con riferimento invece alla tutela del minore contro diffusione di materiale pornografico, questa era riconducibile – prima dell'entrata in vigore della Legge 269/1998 – ad alcune norme del Codice penale, quali le pubblicazioni e gli spettacoli osceni (art. 528 c.p.) e il commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza (art. 725 c.p.), nonché ad alcune disposizioni volte alla tutela della moralità contenute nella Legge 1948 n. 47 recante «Disposizioni sulla stampa»³²⁵ (art. 14) e nella Legge 1960 n. 1591 recante «Disposizioni concernenti l'affissione e l'esposizione al pubblico di manifesti, immagini, oggetti contrari al pudore o alla decenza»³²⁶ (art. 1). Deve essere ricordata inoltre la Legge 17 luglio 1975 n. 355³²⁷, che prevede la responsabilità penale degli edicolanti solo quando le pubblicazioni pornografiche sono esposte in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico o siano vendute ai minori di sedici anni. Vi è poi la Legge 1962 n. 161³²⁸, che richiede, per la proiezione al pubblico di film, il nulla osta del Ministero per i beni e le attività culturali su conforme parere di una commissione di primo e di secondo grado, che stabilisce se il film deve essere vietato ai minori degli anni quattordici o diciotto; il direttore e il concessionario del locale devono pubblicizzare il divieto sui manifesti ed impedire l'accesso ai minori. La stessa legge prevede un'analogia disciplina per gli spettacoli teatrali e vieta la diffusione radiotelevisiva degli spettacoli a contenuto osceno. La Legge 6 agosto 1990, recante «Disciplina del sistema radiotelevisivo

³²⁵ G.U. del 20 febbraio 1948, n. 43.

³²⁶ G.U. del 3 gennaio 1961, n. 2.

³²⁷ G.U. del 12 agosto 1975, n. 214.

³²⁸ G.U. del 28 aprile 1962, n. 109.

pubblico e privato»³²⁹ prevede invece espressamente che, nel caso di trasmissioni radiofoniche o televisive che abbiano carattere di oscenità, il concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione siano puniti con le pene previste dall'art. 528, comma 1, c.p. (art. 30). E il Decreto Legge 29 marzo 1995 n. 97³³⁰ ha disposto che la trasmissione televisiva di opere a soggetto e film prodotti per la televisione che contengano immagini di sesso o di violenza tali da poter incidere negativamente sulla sensibilità dei minori, è ammessa solo nella fascia oraria fra le 23 e le 7 (art. 3, comma 4). Il principio della salvaguardia della moralità dei minori è contenuto anche nell'art. 7 della Legge 17 ottobre 1967 n. 977 sulla tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti³³¹. Sempre in materia, devono essere ricordate la Legge 5 aprile 2001 n. 154 recante «Misure contro la violenza nelle relazioni familiari»³³² e la Legge 11 agosto 2003 n. 228 intitolata «Nuove misure contro la tratta degli esseri umani»³³³.

La Legge 228/2003, in particolare, adottata anche alla luce della Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, pone quale obiettivo primario quello di prevenire e combattere la tratta di persone con specifico riferimento a donne e bambini (art. 2) e, inoltre, collega espressamente i delitti di tratta di persone alle associazioni criminali, prevedendo 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» (art. 4)³³⁴. Il legislatore, nel dettare la disciplina in esame, ha chiaramente avuto presente la necessità di combattere la riduzione in schiavitù, la tratta di persone e l'immigrazione clandestina anche al fine di contrastare i delitti di pedofilia e la pedopornografia³³⁵, che in tali contesti criminosi si innestano o che, a causa degli stessi, proliferano e incrementano la loro offensività. La legge in commento prevede inoltre espressamente l'istituzione di un fondo destinato al finanziamento dei

³²⁹ G.U. del 9 agosto 1990, n. 185.

³³⁰ G.U. dell'1 aprile 1995, n. 77, convertito con modificazioni in Legge 30 maggio 1995, n. 203 (G.U. del 30 maggio 1995, n. 124).

³³¹ G.U. del 6 novembre 1967, n. 276.

³³² G.U. del 28 aprile 2001, n. 98.

³³³ G.U. del 23 agosto 2003, n. 195.

³³⁴ Per un commento, cfr. 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, 2005, *passim* e in particolare 245 ss.

³³⁵ Per una approfondita disamina, AA.VV., *La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, a cura di DE CATALDO NEUBURGER L., Padova, 1999.

programmi di assistenza e di integrazione sociale a favore delle vittime, nonché alle altre finalità di protezione sociale previste dall'art. 18 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero³³⁶, di cui al D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e di uno speciale programma di assistenza per le vittime, nonché altresì la promozione della cooperazione internazionale tra Stati al fine di realizzare gli obiettivi che la nuova disciplina si prefigge.

Alla luce di tale panoramica, emerge chiaramente che ciò che è mancato in ambito penalistico, è una riflessione di portata generale sulla minore età della vittima, sulla tutela dei suoi diritti inviolabili e sulla promozione e attuazione degli stessi, anche alla luce delle nuove forme di violazione degli stessi che caratterizzano la società moderna.

Al contrario, proprio la protezione del minore non si può limitare né alla sua tutela giuridica, né alle pur giuste misure attuate nei suoi confronti per fronteggiare l'emergenza, ma deve invece abbracciare un intero processo d'intervento che abbia al centro l'interesse del soggetto in età evolutiva e come obiettivo la sua sana crescita psico-fisica. Proteggere il minore, capire le cause scatenanti ed il clima nel quale si è attua la violenza e riparare, quando possibile, la relazione tra l'abusato e la società, costituiscono momenti cardine del processo di intervento, tanto più che la maggiore carenza nell'affrontare la difficile problematica dell'abuso sessuale dei minori emerge sempre più essere proprio quella di non saper pensare ad un intervento organico e unitario intorno al fanciullo.

Un timido – e per certi versi, come si vedrà, scomposto – passo in tale direzione è stato fatto dalla Legge 269/1998 e la Legge 38/2006.

Sempre con riferimento alla questione della tutela del minore nel sistema penale, è necessario rilevare come la stessa possa essere considerata sotto un duplice profilo, ovvero sia come «protezione di un soggetto debole, esposto agli attacchi di beni di cui è titolare come individuo, incapace di autotutela e di realizzazione autonoma del proprio interesse», sia come «tutela contro le lesioni allo/agli specifici interessi di cui è titolare, in quanto soggetto in formazione e dunque per il suo stato di minore», meritevole pertanto di una speciale tutela che gli consenta la realizzazione e l'esercizio di quei diritti che gli sono attribuiti quale individuo³³⁷.

³³⁶ D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e relative modifiche ed integrazioni (G.U. del 18 agosto 1998, n. 191).

³³⁷ STRANO LIGATO S., *La tutela del minore nei delitti contro la famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 65 ss.

Le due diverse prospettive, che emergono sia nell'ordinamento italiano, sia a livello di dichiarazioni internazionali³³⁸, sono accumulate – per ciò che rileva ai fini di questo studio – dal riconoscimento della necessità di approntare forme di tutela e di intervento differenziati in relazione alla minore età.

Se l'originaria impostazione del Codice Rocco si muoveva nella prima prospettiva, incentrandosi sulla tutela del soggetto debole e prendendo in considerazione le posizioni di garanzia nei confronti del minore e sanzionando le violazioni degli obblighi, almeno quando queste creavano una situazione di pericolo, recentemente il legislatore italiano ha mostrato invece di intervenire principalmente nella seconda prospettiva, di tutela della personalità in formazione, introducendo disposizioni normative volte a contrastare le aggressioni che ostacolano o impediscono lo sviluppo dell'intera personalità del minore³³⁹. Ed un esempio di tale più moderno approccio alla problematica della tutela penale del minore è rappresentato proprio dalla nuova disciplina in materia di pedofilia e pedopornografia di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., la cui *ratio* è stata individuata nella tutela dell'ordinato sviluppo psico-fisico del minore, immune da condizionamenti che compromettano la naturale maturazione della personalità³⁴⁰.

Da quanto sin qui detto emerge come il legislatore penale italiano abbia introdotto specifiche norme incriminatrici in adesione alle istanze internazionali esaminate nel precedente Capitolo di questo studio, con cui si chiedeva – a livello internazionale e comunitario – che gli Stati intervenissero per reprimere penalmente le condotte lesive dei diritti fondamentali dei minori espressi dalla normativa internazionale, diritti che, almeno in parte, rappresentavano già «patrimonio culturale e giuridico del nostro Paese,

³³⁸ V. in particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, i Patti internazionali, la Convenzione di New York del 1989 e la Convenzione di Strasburgo.

³³⁹ STRANO LIGATO S., *La tutela del minore nei delitti contro la famiglia*, in *Nuovagiur. civ. comm.*, 2004, 65 ss. e quivi 66. L'Autore evidenzia inoltre come permangano tuttavia spazi di operatività anche per l'intervento del legislatore nella seconda prospettiva, che vede l'equiparazione del minore agli altri soggetti qualificati come "deboli", in quanto incapaci o in posizione subordinata, al fine di garantire il corretto adempimento degli obblighi di protezione e garanzia del minore da parte dei soggetti che di tali obblighi sono investiti; si pensi, in tal senso, alle diverse circostanze aggravanti relative al compimento del fatto da parte di un soggetto investito di una posizione di garanzia rispetto al minore, o alle pena accessoria alla condanna per taluni delitti della perdita della potestà genitoriale.

³⁴⁰ MONACO L., *sub art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1655 ss.

che con la Carta costituzionale ha posto la tutela della persona e dei suoi diritti inviolabili in primo piano»³⁴¹.

Negli ultimi decenni, si ritiene, infatti, che vi sia stato un costante e notevole cambiamento di approccio alla materia della tutela penale dei minori in particolare, in relazione ai delitti contro la libertà individuale, essendosi peraltro poste questioni che presentano elementi di assoluta novità rispetto al passato³⁴².

Il processo così avviato prosegue anche oggi, e le condizioni di vita dell'infanzia e dell'adolescenza nel nostro Paese sono andate via via migliorando, pur se – come emerge dal Terzo-Quarto Rapporto alle Nazioni Unite sulla condizione dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia del febbraio 2009³⁴³ – sussistono ancora problematiche attinenti ai bambini privati di un adeguato ambiente di vita, abusati e vittime di violenze talora provocate anche dalle istituzioni medesime, vittime di sfruttamento sessuale o lavorativo, bambini scarsamente tutelati e rispettati a causa di servizi insufficienti; e bambini che rischiano di sfuggire al contatto con le istituzioni, come i nomadi e gli immigrati³⁴⁴.

³⁴¹ GOLDONI D., *La tutela del minore nei delitti contro la libertà individuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 81 ss. e ivi 85.

³⁴² GOLDONI, D., *La tutela del minore nei delitti contro la libertà individuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 81 ss. e quivi 81. In tema, v. anche RESTA F., *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giur. merito*, 1046 ss.

³⁴³ Il Rapporto è stato adottato dal Comitato interministeriale per i diritti umani sulla base della bozza approvata dall'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza e trasmesso al Comitato ONU sui diritti del fanciullo in data 22 gennaio 2009, ed è accessibile all'indirizzo http://www.politichefamiglia.it/media/48412/testo_integrale.pdf.

³⁴⁴ Nel Rapporto sopra citato, il Governo italiano dichiara di aver rafforzato il proprio impegno derivante dagli artt. 4 e 19 della Convenzione attraverso lo svolgimento delle seguenti attività: partecipazione in altri strumenti giuridici internazionali per la prevenzione e la repressione della violenza contro i bambini, quali le Convenzioni OIL n. 138 sull'età minima per l'assunzione all'impiego e n. 182 sulla proibizione e l'azione immediata per l'eliminazione delle peggiori forme di lavoro minorile (ratificate, rispettivamente, il 28 gennaio 1981 e il 7 giugno 2000); ruolo attivo svolto per la stesura e la firma a Palermo il 12 dicembre 2000 della Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale e i suoi Protocolli riguardanti la tratta di persone, in particolare donne, bambini e immigrati; ratifica con Legge 20 marzo 2003 n. 77 della Convenzione europea sui diritti dei minori, promossa dal Consiglio d'Europa; sottoscrizione della Convenzione sulle relazioni personali riguardanti i bambini e della Convenzione per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali, rispettivamente il 15 novembre 2003 ed il 7 novembre 2007. In relazione all'attuazione del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti dell'infanzia sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, il Governo italiano illustra, tra l'altro, le diverse misure di attuazione adottate dall'Italia; tra queste, l'istituzione dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile e del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet ad opera della Legge 38/2006, e, in ambito di programmazione per l'infanzia e l'adolescenza, l'adozione del Piano nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva, redatto dall'Osservatorio per l'infanzia.

2 L'evoluzione della criminalità informatica dai *computercrime* ai *cybercrime*

Un particolare aspetto della tutela, anche penale, dei minori è rappresentato dalla tutela degli stessi dalla criminalità informatica.

Alla fine degli anni Settanta il fenomeno della criminalità informatica raggiunge anche l'Italia e si impone all'attenzione di dottrina e nella giurisprudenza che con tale problema si trovano a doversi confrontare³⁴⁵.

La continua e rapidissima evoluzione delle nuove tecnologie, ed in particolare la diffusione esponenziale di Internet, unitamente all'accelerazione del processo di internazionalizzazione e globalizzazione dei rapporti economici, politici e sociali, rendono ben presto indispensabile "familiarizzare" con tale realtà e con i fenomeni criminali connessi alle comunicazioni informatiche e telematiche.

Negli anni Novanta, ed in particolare successivamente all'avvento di Internet nel 1993, accanto all'originario nucleo di c.d. "*computer crime*", intesi come violazioni del diritto penale che implicano la conoscenza della tecnologia informatica per la loro realizzazione, per le relative indagini o perseguimento³⁴⁶, emerge un ulteriore novero di fattispecie, i c.d. "*cybercrime*". Si tratta di fattispecie non necessariamente lesive di beni giuridici nuovi connessi alle nuove tecnologie, quanto piuttosto offensive di beni giuridici tradizionali ma con modalità inedite in quanto fondate sull'uso della tecnologia informatica e telematica³⁴⁷.

³⁴⁵ Tra i primi commentatori, v. SARZANA S'IPPOLITO C., *Criminalità e tecnologia: il caso dei "computer-crimes"*, in *Rass. penit. crim.*, 1979, 53 ss.; ID., *Note sul diritto penale dell'informatica*, in *Giust. pen.*, 1984, 21 ss.; PICOTTI L., voce "*Reati informatici*", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1999, 1 ss.; SIEBER U., *The International Handbook on Computer Crime. Computer-related Economic Crime and the Infringements of Privacy*, Chichester-New York, 1986.

³⁴⁶ I *computer crime* sono stati definiti, dalla dottrina statunitense, come «*those violations of criminal law that involve a knowledge of computer technology for their perpetration, investigation or prosecution*» (UNITED NATIONS DEPARTMENT OF JUSTICE . NATIONAL CRIMINAL JUSTICE INFORMATION AND STATISTIC SERVICE, *Computer Crime: Criminal Justice Resource Manual*, Washington, 1979) ovvero come «*those crimes where knowledge of a computer system is essential to commit the crime*» (ADAMS J.A.M., *Controlling Cyberspace: Applying the Compute Fraud and Abuse Act to the Internet*, in *Santa Clara Computer and & High-Tech law Journal*, 1996, 403 ss.).

³⁴⁷ Per una panoramica dei *computer crime* e *cybercrime* nell'ordinamento italiano, v. GIORDANO M.C., *Le principali fattispecie in materia di crimini informatici*, in AA.VV., *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di CASSANO G., CIMINO I.P., Padova, 2009, 587 ss.

Anche in Italia, dunque, ci si avvia in quegli anni verso la “virtualizzazione” degli illeciti penali tradizionali, già sperimentata ad esempio nell’ordinamento giuridico statunitense³⁴⁸.

La diffusione delle nuove forme di criminalità informatica rende via via sempre più evidente la difficoltà di applicare a tale realtà criminosa i concetti e le categorie tradizionali del sistema giuridico penale e la presenza, nel nostro sistema penale, di lacune legislative a fronte dell’emergere di alcuni nuovi beni giuridici da tutelare (quali, ad esempio, la libertà informatica, il *software*, l’identità digitale, la sicurezza informatica, il diritto di controllare la circolazione dei propri dati personali, ecc.), lacune superabili mediante il ricorso all’analogia in ambito penale stante il principio di stretta legalità (art. 25 Cost.; art. 1 c.p.; art. 14 disp. prel. cod. civ.).

A ciò si aggiunga che la natura poliedrica, le peculiari caratteristiche e la dimensione diffusiva degli illeciti penali commessi sfruttando le comunicazioni telematiche ed informatiche evidenzia al contempo la necessità di considerare il fenomeno in un’ottica sopranazionale, risultando quella meramente interna del tutto insufficiente ed inadeguata ad una vera comprensione e ad un’efficace contrasto del fenomeno³⁴⁹.

Di fronte alla diffusione esponenziale, allo sviluppo e all’incrementare della pericolosità ed offensività della criminalità informatica e telematica, il legislatore italiano – in ritardo, ma analogamente a quanto già avvenuto negli Stati Uniti ed in altri Paesi europei, quali la Germania, l’Austria e la Francia – si è visto costretto già dagli anni Novanta, a dotarsi di un articolato “diritto penale dell’informatica”, che tuttavia si è fin da subito caratterizzato per una sovrabbondanza «di incriminazioni e con livelli sanzionatori piuttosto severi, ma privo di un organico disegno sistematico, che alla prova dei fatti non ha dimostrato di sapere garantire un livello adeguato di prevenzione e controllo»³⁵⁰.

Infatti, l’urgenza di dare una risposta tempestiva alle esigenze di tutela che emerse talvolta in modo drammatico con lo sviluppo tecnologico (come, ad esempio, nel campo

³⁴⁸ Per una puntuale analisi dell’esperienza statunitense, WALLACE R.P., LUSTHAUS A.M., KIM J.H.J., *Computer crimes*, in *American Criminal Law Review*, 2005, 42(2), 223 ss. e quivi 272.

³⁴⁹ MAGGIPINTO A., *Reati nella Rete, tutti i nodi da sciogliere. Se il cybercrime mette in crisi il Codice. Dagli illeciti commessi sul web alle fonti di prova “elettroniche”*, in *Dir. giust.*, 2006, 6, 61 ss.

³⁵⁰ PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell’armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 ss. e quivi 189. Per un’interessante contributo in merito al rapporto tra diritto penale e Internet, v. RUGGIERO F., *Cyberspazio e diritto penale: il problema del bene giuridico*, in *Riv. pen.*, 2001, 213 ss.

della tutela dei minori) ed al contempo la necessità di adempiere agli obblighi di fonte comunitaria e sopranazionale assunti in materia costringono il legislatore italiano ad introdurre progressivamente sempre nuove fattispecie o ad estendere l'ambito di applicazione di fattispecie già esistenti, in un quadro settoriale e frammentario, con fattispecie e sanzioni anche scarsamente coordinate tra loro e senza un risultato repressivo che possa dirsi soddisfacente.

In merito, si deve aderire a quell'autorevole dottrina che ha evidenziato come la categoria dei reati informatici «non individua un ambito di tutela dai contenuti omogenei, od ancor meno connotato da un unitario bene giuridico, come pur era stato inizialmente prospettato in dottrina, bensì una categoria cui devono ricondursi fatti che offendono beni giuridici molto diversi tra loro»³⁵¹.

Non vi è tuttavia concordia in dottrina circa la classificazione dei reati informatici.

Alcuni Autori suddividono ritengono sussistere tre diverse categorie di *computer crime*: gli illeciti che utilizzano l'elaboratore come mezzo per il raggiungimento della finalità criminosa, i reati in cui *computer* e programmi assurgono a beni oggetto della condotta giuridica, e tutte le violazioni della riservatezza effettuate tramite *computer*³⁵²; altri, invece, ritengono che possa essere definiti "crimini informatici" soltanto quelli realizzati con l'uso del *computer*³⁵³.

In realtà, come si è detto, il concetto di *computer crime* potrebbe assumersi come categoria generale caratterizzata dalla funzione imprescindibile assunta dal *computer* nella produzione dell'evento criminoso, e in questo senso sarebbe possibile considerare *computer crime* qualsiasi atto o fatto contrario al diritto penale rispetto al quale il computer abbia giocato un ruolo essenziale o come oggetto del fatto, o come strumento per la sua realizzazione; tuttavia, la stessa locuzione "*computer crime*" appare per certi

³⁵¹ In tal senso, PICOTTI L., *Sistematica dei reati informatici, tecniche di tutela e beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004, 21 ss. e quivi 87. *Contra*, MILITELLO V., *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 365 ss. e quivi 374, il quale al contrario ipotizza l'esistenza del concetto-interesse di intangibilità informatica, intesa quale «multiforme esigenza di non alterare la relazione triadica fra dato della realtà, rispettiva informazione e soggetti legittimati ad elaborare quest'ultima delle sue diverse forme».

³⁵² MUCCIARELLI A., voce "*Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*", in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 372 ss.

³⁵³ ALESSANDRI A., *Criminalità informatica. Rapporto italiano al "XIII° Congresso internazionale di diritto comparato" organizzato dall'Académie Internationale de Droit Comparé svoltosi a Montreal dal 19 al 24 Agosto 1990*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 653 ss.

*aspetti superata, o comunque ad essa si affiancano le diverse nozioni di “reato telematico”, “reato elettronico”, “reato di Internet”*³⁵⁴.

Il passaggio dalla fase dei *computer crime* a quella dei *cybercrime* viene individuato nell’approvazione delle Legge 23 dicembre 1993 n. 547 recante «Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica»³⁵⁵, intervenuta a disciplinare i reati informatici “classici”, vale a dire quelli commessi su beni informatici (*computer*, sistemi informatici o telematici, dati informatici, ecc.)³⁵⁶.

La legge in commento, infatti, ha aperto una nuova fase dell’evoluzione del diritto penale dell’informatica, coerente con la diffusione globale di Internet e l’evoluzione della criminalità informatica, che vede il moltiplicarsi di attività penalmente illecite nei luoghi virtuali della Rete che offendono beni giuridici sia pubblici (sicurezza e ordine pubblico, economia pubblica, pubblica amministrazione, ecc.), sia privati (libertà sessuale, salute, onore, reputazione, ecc.).

In tale nuova fase si inizia a parlare appunto di *cybercrime*, termine con il quale ci si intende riferire a tutti i reati commessi sulla Rete: la categoria dei *cybercrime*, infatti, è aperta, ed include, accanto a reati informatici “classici”, che prevedono specificamente tra i loro elementi costitutivi espressi riferimenti a mezzi ed oggetti informatici, «qualsiasi altra incriminazione, offensiva di beni giuridici “comuni”, se applicabile, anche in via interpretativa a comportamenti e fatti posti in essere avvalendosi (anche) di Internet e della tecnologia delle telecomunicazioni. Situazione che può frequentemente verificarsi nei reati di evento o, comunque, formulati in tutto od in parte a “forma

³⁵⁴ GALDIERI P., *Teoria e pratica nell’interpretazione del reato informatico*, Milano, 1997.

³⁵⁵ G.U. del 30 dicembre 1993, n. 305. La legge in commento è stata adottata anche a seguito della Raccomandazione del Consiglio d’Europa del R (89) 9 del 13 settembre 1989 sulla criminalità informatica, cui era allegata una “lista minima” di fattispecie che avrebbero dovuto essere introdotte dagli Stati membri nei propri ordinamenti interni (frode informatica, falsità informatiche, danneggiamento e sabotaggio informativi, alterazione di dati, l’accesso non autorizzato ad un sistema informatico. La legge 547/1993 ha inoltre introdotto talune fattispecie non previste dalla lista minima, quali la diffusione di virus informatici, la nozione estesa di violenza sulle cose che include anche l’alterazione, modificazione e cancellazione in tutto o in parte di un programma informatico o l’impedimento o turbamento del funzionamento di un sistema informatico o telematico, la detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso.

³⁵⁶ Per una dettagliata disamina, v. AA.VV., *Computer Law*, edito da REED C. e ANGEL J., Oxford, 2003, 295 ss.; CUOMO L., RAZZANTE R., *La disciplina dei reati informatici*, Torino, 2007, 5 ss.; WALLACE R.P., LUSTHAUS A.M., KIM J.H.J., *Computer crimes*, in *American Criminal Law Review*, 2005, 42(2), 223 ss. e quivi 272.

libera”»³⁵⁷. Si tratta, in relazione a tali ultime fattispecie, di casi in cui il reato è commesso non sulle nuove tecnologie bensì per mezzo delle stesse, di illeciti penali realizzabili anche in altri ambiti ma commessi nel caso di specie tramite lo strumento Internet³⁵⁸.

La categoria dei *cybercrime* ricomprende fattispecie di reati informatici e telematici estremamente diversi tra loro (dalla pedofilia telematica al danneggiamento di sistema informatico) che offendono interessi del tutto differenti riconducibili tuttavia, secondo parte della dottrina, a due macrocategorie. La prima categoria è rappresentata da alcuni beni giuridici tradizionali che devono essere protetti contro nuove modalità di aggressione (come avviene per la tutela dei minori o del patrimonio), nonché da una serie di beni giuridici analoghi a quelli tradizionali radicati tuttavia su nuovi “oggetti passivi” della condotta (ovvero il prodotto della tecnologia informatica o telematica su cui cade la condotta tipica, determinando una speciale configurazione o dimensione del bene giuridico protetto: ad esempio, fede pubblica nei documenti informatici, diritto d’autore, protezione penale della *privacy* e della circolazione dei dati personali); alla seconda categoria appartengono invece i beni giuridici nuovi nati dall’informatica e dalla telematica, raggruppabili a loro volta in due categorie: l’integrità e sicurezza informatica, e la riservatezza informatica³⁵⁹.

Ciò che sembra invece accomunare e poter identificare univocamente i *cybercrime* è la loro interconnessione con le nuove tecnologie, ovvero con l’informatica ed i suoi prodotti e con la telematica³⁶⁰. Tale interconnessione può concernere concerne i mezzi e le modalità di realizzazione della condotta, la natura informatica dell’oggetto materiale della fattispecie o ancora il bene giuridico di nuova emersione legato ai prodotti della tecnologia digitale tutelato dalla norma penale; questi diversi profili, peraltro, incidono sempre sulla struttura del fatto tipico e sulla *ratio* dell’incriminazione, che finisce per

³⁵⁷ PICOTTI L., *Sistematica dei reati informatici, tecniche di tutela e beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, Padova, 2004, 21 ss. e quivi 58-59.

³⁵⁸ Cfr. per tutti, AA.VV., *Internet e responsabilità giuridiche. Lineamenti, materiali e formulari in tema di diritto d’autore, nomi a dominio, pubblica amministrazione, privacy, reati informatici*, a cura di VACIAGO G., in *Nuove voci del diritto*, serie a cura di CASSANO G., Piacenza, 2002, 269 ss.

³⁵⁹ Per questa classificazione, PICOTTI L., *Sistematica dei reati informatici, tecniche di tutela e beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004, 21 ss.

³⁶⁰ PICOTTI L., voce “*Reati informatici*”, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1999, 1 ss.; PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer’s crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 21.

coincidere solo in parte con l'oggettività giuridica tradizionale eventualmente corrispondente.

La nuova fase del diritto penale informatico caratterizzata dai *cybercrime* si è consolidata proprio con la Legge 269/1998 approvata con l'obiettivo di combattere i fenomeni della prostituzione e della pornografia minorili; la legge, infatti, per la prima volta individua e punisce la modalità di offesa «per via telematica», testimoniando come la Rete sia pacificamente ritenuta anche mezzo di realizzazione di una condotta criminosa, oltre che – come nell'ambito dei *computer crime* introdotti dalla Legge 547/1993 – oggetto della condotta medesima.

La Legge 269/1998, che è intervenuta nella delicata materia della tutela dei minori, ha mostrato peraltro come l'emergere dei *cybercrime* e la virtualizzazione dell'illecito penale abbiano avuto quale risvolto l'estensione dell'area del penalmente rilevante in questa materia, con conseguente tendenza ad un'eccessiva anticipazione della soglia di rilevanza penale, moltiplicazione delle fattispecie, ricorso al principio di precauzione per introdurre una tutela a fronte di pericoli eventuali ed astratti, e scelte politico-criminali simboliche in cui «le esigenze generalpreventive e socialdifensive rispetto ai pericoli connessi alle tecnologie digitali non sono state adeguatamente bilanciate da uno stringente rispetto delle istanze individualgarantiste, di minimizzazione della violenza punitiva e di ricerca di forme alternative di controllo sociale»³⁶¹.

In tale ottica di “demonizzazione” delle nuove tecnologie, si è finito per attribuire al diritto penale «il compito di fermare i possibili e remoti effetti pregiudizievoli della tecnica sull'uomo, la sua persona, la sua *privacy*, la sua libertà, con una progressiva deviazione dei fini della tutela penale, della protezione dei beni giuridici socialmente rilevanti alla mera stabilizzazione sociale di aspettative normative», un ruolo simbolico, dunque, di esorcizzazione del generale senso di insicurezza collettiva di fronte a Internet ed alle comunicazioni telematiche ed informatiche che si riflette negativamente sia sulla effettività sia sulla complessiva legittimazione del sistema penale³⁶².

A testimonianza di ciò, basti pensare a talune delle fattispecie di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., criticate per l'assenza di una vera e propria offesa a beni giuridici o

³⁶¹ RESTA F., *Virtualità del crimine. Dai reati informatici ai cybercrimes*, in *Giur. merito*, 2006, 102 ss. e quivi 108; MANNA A., RESTA F., *La riforma della legge sulla pedopornografia. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006, 1 ss.

³⁶² RESTA F., *Virtualità del crimine. Dai reati informatici ai cybercrimes*, in *Giur. merito*, 2006, 102 ss. e quivi 107.

comunque per la virtualità dell'offensività della condotta punita (si pensi, in particolare con riferimento alla pornografia virtuale), e per il notevole rigore del trattamento sanzionatorio, che finisce per eccedere il rapporto di proporzione con il bene giuridico della tutela dei minori ed anche l'esigenza di far fronte alla maggior pericolosità delle modalità informatiche e telematiche di offesa.

3 La lotta alla sfruttamento sessuale del minore perpetrato anche a mezzo Internet: la Legge 269/1998 e la Legge 38/2006. In particolare, la *ratio* di tutela

La disposizioni di carattere penale dettate a tutela dei minori nei confronti dei reati a sfondo sessuale commessi anche sfruttando le nuove tecnologie ed introdotte nel *corpus* del Codice penale dalla Legge 269/1998, come successivamente modificate dalla Legge 38/2006, rappresentato un campo di indagini privilegiato sia in relazione al mutato approccio alla tematica della tutela dei minori sia per quanto riguarda la problematica del contrasto dei *cybercrime*.

3.1 La Legge 269/1998

Con la Legge 3 agosto 1998 n. 269 recante «Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù»³⁶³ il legislatore penale torna – sempre sull'onda di una situazione emergenziale, come accaduto per la Legge 66/1996 – ad intervenire in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori.

La Legge 269/1998 introduce nell'ordinamento italiano una serie di nuove fattispecie incriminatrici, il cui elemento caratterizzante è la minore età delle vittime, dirette a reprimere i fenomeni della prostituzione e pornografia minorili, inclusa la c.d. “pedofilia telematica”³⁶⁴. Prima di questa legge, nell'ordinamento italiano erano rinvenibili esclusivamente fattispecie incriminatrici delle attività sessuali “su” e “con” i minori per realizzare materiale pornografico, mentre la diffusione di materiale pedopornografico

³⁶³ G.U. del 10 agosto 1998, n. 185.

³⁶⁴ Per una disamina del fenomeno della pedofilia anche via Internet, v. CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, 71 ss.

non era considerata reato o meglio ricadeva nell'ambito di applicazione dell'art. 524 c.p., norma inidonea in ogni caso a cogliere il disvalore delle condotte ora previste dall'art. 600-ter c.p.

L'introduzione di tali norme nell'ordinamento italiano, risponde a due ordini di esigenze: da un lato, dare attuazione ai principi elaborati in ambito internazionale che richiedono agli Stati di adottare specifici interventi per la tutela dei minori, visti sia come vittime del reato sia come soggetti delle vicende processuali che li riguardano, e, dall'altro, prevenire, anche con forme anticipate di tutela, ogni forma di sfruttamento sessuale dei minori medesimo, al fine di dare una risposta alle pressioni provenienti anche dall'opinione pubblica allarmata dalla diffusione degli aberranti crimini di cui si tratta, soprattutto a mezzo delle nuove tecnologie informatiche. In particolare, l'impulso all'adozione della legge in commento ha matrice comunitaria, derivando dalla necessità per il legislatore italiano di recepire nel nostro ordinamento gli obblighi di penalizzazione imposti agli Stati membri dalla Decisione quadro 2004/68/GAI.

Come si legge nell'art. 1, norma programmatica solenne che rappresenta una sorta di preambolo teleologico, la Legge 269/1998 intende approntare una tutela rafforzata «dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale» definito «obiettivo primario perseguito dall'Italia»; tale obiettivo è espressamente correlato all'adesione da parte del nostro Paese alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989³⁶⁵ ed alla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 31 agosto 1996, ai cui principi il legislatore italiano mostra di voler aderire pienamente apportando anche le necessarie modifiche al Codice penale³⁶⁶.

Per quanto concerne la tecnica normativa utilizzata, il legislatore, considerato anche il rilievo delle incriminazioni che andava introducendo, ha ritenuto di inserirle, mediante la tecnica dell'aggiunzione, nel tessuto normativo del Codice penale; si tratta di

³⁶⁵ Le nuove fattispecie incriminatrici introdotte dal legislatore italiano sono dirette a dare piena attuazione in particolare all'art. 34 della Convenzione del 1989, che obbliga gli Stati a proteggere il fanciullo da ogni forma di sfruttamento o violenza sessuale attraverso misure nazionali e la cooperazione internazionale.

³⁶⁶ Si sono invece trascurati gli obblighi di penalizzazione previsti a carico degli Stati membri dall'Azione comune 97/154/GAI sulla lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei minori, del 24 febbraio 1997, strumento peraltro più cogente (PALUMBIERI S.R., *Introduzione ai reati contro lo sviluppo psico-fisico dei minori*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, III, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di CADOPPI, A., CANESTRARI S., PAPA M., Torino, 2006, 315 ss. e quivi 320 ss.).

fattispecie connotate purtroppo da una spiccata frammentarietà, in quanto il legislatore è spesso ricorso al metodo casistico³⁶⁷.

3.1.1 La collocazione sistematica delle nuove incriminazioni e le oggettività giuridiche

Per quanto concerne la collocazione sistematica delle nuove fattispecie incriminatrici (600 bis – 600 septies c.p.), la *sedes materiae* è quella della Sezione I (*Dei delitti contro la personalità individuale*) del Capo III (*Dei delitti contro la libertà individuale*) del Titolo XII (*Dei delitti contro la persona*) del Libro II del codice penale, tra l'art. 600 (*Riduzione in schiavitù*) c.p. introdotto dalla Legge 228/2003 recante misure contro la tratta di persone e l'art. 601 c.p. (*Tratta di persone*).

In relazione a tale collocazione, che, in particolare secondo alcuni Autori dovrebbe valere anche quale ausilio all'interpretazione di alcune espressioni poco chiare utilizzate dal legislatore³⁶⁸, la dottrina ha manifestato opinioni contrastanti.

La dottrina maggioritaria si è espressa a favore della collocazione sistematica adottata dal legislatore del 1998³⁶⁹.

Secondo questa opinione, la correttezza della suddetta collocazione si evincerebbe da molteplici elementi: il titolo della legge, che parla di «nuove forme di schiavitù»; lo svolgimento dei lavori preparatori; il richiamo alla Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma, che ha costituito una delle fonti di ispirazione della nuova disciplina, e, che, al punto 5, dichiara che «lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali rappresenta una forma di coercizione e di violenza esercitata nei loro confronti ed equivalente ai lavori forzati ed a una forma di schiavitù contemporanea».

³⁶⁷ Per tale osservazione, PATALANO V., *Il ddl anti-pedofilia cerca il consenso, ma «chiede troppo» al diritto penale*, in *Guida dir.*, 1998, 27, 9 ss.; MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 215.

³⁶⁸ Per questa considerazione, RIVIEZZO C., *Commento alla 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*, in *Gazz. giur.*, 1998, 33, 7 ss.; DE NATALE D., *Pornografia minorile e Internet. Brevi note sui primi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2004, 269 ss.

³⁶⁹ CADOPPI A., *Commento pre-art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 35 ss. e quivi 43 ss.; MONACO L., *sub art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1656 ss.; PADOVANI T., *Commento all'art. 1 della l. 269/1998*, in *Leg. pen.*, 1999, 53 ss. e quivi 59; FLORA G., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 ss. e quivi 730.

I fautori di tale tesi pongono l'accento sulla convergenza tra la normativa internazionale e quella interna quanto alla volontà di configurare lo sfruttamento sessuale dei minori come una nuova forma di schiavitù, e valorizzano inoltre le analogie sussistenti tra le due categorie di fattispecie, considerato che lo sfruttamento sessuale dei minori – soggetti vulnerabili, fragili, ed in età evolutiva, incapaci di autodeterminarsi e, solitamente, in precarie condizioni economiche – riduce le vittime a mere *res* nelle mani dello sfruttatore, ricreando quel rapporto di soggezione *de facto* tra reo e vittima che caratterizza la schiavitù, con la differenza del movente, economico nel caso della schiavitù e (prevalentemente) sessuale invece nei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p.³⁷⁰.

In quest'ottica, la pedofilia e la pedopornografia perseguite dalle nuove incriminazioni previste dalla Legge 269/1998 sarebbero in sostanza condotte «lesive dello *status libertatis* del minore, in quanto suscettibili di comportarne, attraverso la mercificazione del corpo, una incisiva alterazione dello sviluppo della personalità ed una reificazione analoga a quella dello *status servitutis*»³⁷¹.

Secondo questo orientamento dottrinario, l'assimilazione tra i delitti introdotti dalla Legge 269/1998 ed i reati di schiavitù emergerebbe anche dall'attenuante di cui all'art. 600-*sexies* u.c. c.p., che prevede la riduzione della pena prevista agli artt. 600-*bis* e 600-*ter* c.p. da un terzo alla metà per chi si adopera affinché il minore «riacquisti la propria autonomia e libertà»³⁷².

L'equiparazione in esame, inoltre, si fonderebbe sul richiamo ad una concezione storico-culturale della «condizione analoga alla servitù», da intendersi – anche alla luce della nota pronuncia delle Sezioni Unite del 20 novembre 2006³⁷³ – come «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

³⁷⁰ Per questa diversa prospettiva, ferma restando la non specialità delle nuove fattispecie rispetto ai delitti di schiavitù, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 13; CADOPPI A., *Commento pre-art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 35 ss.e quivi 43 ss.

³⁷¹ RESTA F., *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giur merito*, 2006, 1046 ss. e quivi 1053.

³⁷² Così, RIVIEZZO C., *Commento alla 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*, in *Gazz. giur.*, 1998, 33, 7 ss. e quivi 11.

³⁷³ Cassazione penale, SS.UU., 20 novembre 1996, n. 261, in *Cass. pen.*, 1997, 1308.

materialmente ne usi, ne tragga profitto e ne disponga, similmente al modo in cui – secondo le conoscenze storiche confluite nell’attuale patrimonio socioculturale dei membri della collettività – il “padrone”, un tempo, esercitava la propria signoria sullo schiavo».

Diversamente, altra parte della dottrina ha criticato la scelta operata dal legislatore³⁷⁴, ritenendo che la collocazione dei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. a fianco dei reati di schiavitù non avrebbe il significato di porli in rapporto di specialità rispetto a quest’ultimi³⁷⁵, ma soltanto di enfatizzarne la gravità, e che pertanto sarebbe stato più opportuno collocare le incriminazioni previste dalla Legge 269/1998 tra i delitti contro la libertà morale a sottolineare che è la mancanza del consenso della vittima a determinare la violazione della libertà individuale nella dimensione sessuale³⁷⁶, ovvero in una sezione *ad hoc* dedicata ai delitti contro la libertà sessuale³⁷⁷.

Secondo questa opinione dottrinale, in sostanza, l’assimilazione dei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. a quelli di schiavitù sarebbe stata dettata prevalentemente da finalità simbolico-performative, considerata la diversità di trattamento sanzionatorio e la differenza strutturale ed ontologica esistente tra le due categorie di fattispecie, la prima delle quali si caratterizza peraltro per una sensibile anticipazione dell’intervento penale in chiave di pericolosità anche astratta: l’obiettivo del legislatore sarebbe stato quello di promuovere la tutela del bene giuridico dell’intangibilità della sfera psico-sessuale del minore al fine di proteggerlo da «condizionamenti che – deviando l’uso della sessualità verso pratiche socialmente emarginanti – ne compromettano la naturale maturazione della personalità, favorendo l’assimilazione di un modello deviante sostanzialmente

³⁷⁴ RIVIEZZO C., *Commento alla 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*, in *Gazz. giur.*, 1998, 33, 7 ss.; ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009, 33; PITTARO, *Le norme contro la pedofilia, A) le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1222 ss.

³⁷⁵ V. RIVIEZZO C., *Commento alla 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*, in *Gazz. giur.*, 1998, 33, 7 ss., il quale afferma che «al di là di quanto forse improvvidamente declamato nell’intestazione della legge, non siamo in presenza di fattispecie penali in rapporto di specialità con quella della riduzione in schiavitù, ma di ipotesi criminose che possono, eventualmente, concorrere con questa, ove ne ricorrano le condizioni».

³⁷⁶ BERTOLINO M., *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in AA.VV., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di FIORAVANTI L., in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 2001, 159 ss.

³⁷⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 417 ss.

incompatibile con il diritto alla libera disposizione del proprio corpo»³⁷⁸. Le incriminazioni di cui alla legge 269/1998 sono dunque tese, secondo questi Autori, a colpire comportamenti offensivi dell'intangibilità e della libertà sessuali.

Ulteriori argomenti a sostegno dell'erroneità della collocazione sistematica operata dal legislatore, vengono individuati nell'assenza, nei reati di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., di quello stato di "soggezione assoluta" che caratterizza la "riduzione in schiavitù" (alcune fattispecie, ed in particolare quelle di cui agli artt. 600-*ter*, comma 2, e 600-*quater* c.p., non presuppongono nemmeno il contatto fisico con il minore), assenza che si rifletterebbe anche nel più mite trattamento sanzionatorio nel massimo editale previsto per i delitti di prostituzione e pornografia minorili rispetto a quello di cui all'art. 600 c.p.

In merito al contrasto dottrinale illustrato, riteniamo di dover convenire con la miglior dottrina che, in entrambi i casi, si tratti di impostazioni che provano troppo³⁷⁹.

Secondo questa dottrina, la collocazione tra i delitti contro la personalità individuale delle nuove incriminazioni previste dalla Legge 269/1998 è «del tutto giustificata» per le fattispecie di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, e 600-*ter* comma 1, c.p., reati plurioffensivi ad oggettività giuridica complessa, che offendono i beni personali dell'intangibilità sessuale, della libertà sessuale del minore infraquattordicenne, della dignità della persona e della personalità individuale, ferma restando la non equivalenza tecnico-giuridica con i reati di schiavitù; mentre, per gli altri delitti, offensivi dell'intangibilità sessuale e della dignità sotto il profilo sessuale del minore (art. 600-*bis*, comma 2, c.p.) ovvero prodromici all'offesa di tali beni (artt. 600-*quater*.1 e 600-*quinquies* c.p.) ovvero offensivi della sola dignità sotto il profilo sessuale del minore (artt. 600-*ter*, commi 2,3 e 4, e 600-*quater* c.p.), la suddetta collocazione è «spiegabile» in virtù della «forza di attrazione» su di essi esercitata dalle due fattispecie principali sopra indicate. In base a tale ricostruzione, l'equivalenza tecnico-giuridica tra i delitti di prostituzione e pornografia minorili e quelli di schiavitù dovrebbe essere esclusa sulla base di due argomenti: «sia perché ne farebbe due "delitti giganti" di difficile riscontro pratico e, perciò, vanificanti la loro finalità di tutela, sia perché una tale postulata

³⁷⁸ Per tale opinione, MONACO L., *sub* art. 600-*bis* c.p., in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1656 ss.; ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009, 33; PITTARO, *Le norme contro la pedofilia, A) le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1222 ss.

³⁷⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 418 ss.

equivalenza è stata inequivocabilmente esclusa dall'introduzione, da parte della legge del 2003, dei delitti di schiavitù diretti allo sfruttamento nella prostituzione minorile»³⁸⁰. In conclusione, le nuove incriminazioni di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. risultano accumulate dalla tutela del bene finale dello sviluppo dei minori in tutti i suoi aspetti (fisico, psicologico, spirituale, morale, affettivo, sociale, ecc.), proteggendo la formazione dell'intera personalità dei minori contro lo sfruttamento – anche ma non solo – sessuale a fini commerciali che riduce i medesimi in condizioni analoghe a quelle della schiavitù.

Si noti, in merito, che con la Legge 269/1998, il legislatore ha mutato atteggiamento nei confronti del minore, ritenendo di dover approntare un'adeguata tutela a suo favore non più per il suo essere soggetto debole, quanto piuttosto per il suo essere soggetto in via di sviluppo psichico-fisico³⁸¹. Il presupposto ed al contempo il portato di un tale diverso approccio è rappresentato dalla considerazione dell'imaturità del minore in ambito sessuale, e, conseguentemente, della legittimità – di fronte a determinati tipi di illeciti – di interventi volti a garantirlo nella formazione della sua personalità posti in essere a prescindere dalla sua volontà e dal suo consenso, e pertanto con la soppressione della libertà di disposizione del proprio corpo e della libertà di autodeterminarsi nella sfera sessuale (si pensi alla previsione della procedibilità d'ufficio per il delitto di violenza sessuale commesso nei confronti di un minore degli anni diciotto anziché degli anni quattordici o all'innalzamento agli anni diciotto dell'età del minore vittima di prostituzione). La preclusione di tale libertà diviene assoluta a fronte dei delitti di prostituzione e pornografia minorile.

Nel corso dei lavori preparatori della Legge 38/2006 era emerso un orientamento che riteneva irragionevole non prevedere una causa di non punibilità quando i minori abbiano raggiunto una maturità tale da autodeterminarsi in ambito sessuale, tuttavia il legislatore del 2006 ha operato una scelta di segno diverso, dando rilievo prevalente alla necessità di tutelare i minori da offese alla loro dignità derivanti dal coinvolgimento in realizzazione di materiale pornografico, anche in ragione della «evidente situazione di sproporzione nella posizione di forza dei soggetti coinvolti»³⁸².

³⁸⁰ Così, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 418 ss.

³⁸¹ STRANO LIGATO S., *La tutela del minore nei delitti contro la famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 65 ss.

³⁸² Per tale espressione, v. Cassazione penale, 5 giugno 2007, n. 27252, in *Guida dir.*, 2007, 34, 55.

3.1.2 Il concetto di “fanciullo”. Inoltre, error aetatis e consenso dell’avente diritto

Uno dei concetti portanti dell’impianto della Legge 269/1998 è il concetto di “fanciullo”.

La Legge 269/1998, distanziandosi dal significato comune del termine, intende per “fanciullo” ogni soggetto minore degli anni diciotto, come peraltro previsto dall’art. 1 della Convenzione sui diritti dell’infanzia del 1989, richiamata nel preambolo di cui all’art. 1. Ciò emerge dall’analisi delle fattispecie incriminatrici che estendono la tutela anche ai minori d’età ultrasedicenni e trova conferma anche nell’intervenuta modifica ad opera della Legge 38/2006 della norma di cui all’art. 600-*bis* c.p. che prevede ora che il cliente della prostituta minore sia punito se questa ha meno di diciotto anni, anziché sedici, come nell’originaria formulazione.

La Legge 269/1998 appronta pertanto a favore dei minori degli anni diciotto una tutela assoluta e inderogabile (soltanto l’art. 600-*bis*, comma 3, c.p. si riferisce, a seguito delle modifiche apportate dalla Legge 38/2006, agli infrasedicenni), così rivelando una scelta politico-criminale di base più rigorosa rispetto a quella sottesa alla Legge 66/1996; la legge sulla violenza sessuale, infatti, prevede una tutela assoluta, a prescindere da violenza, minaccia o inganno, a favore dei soli minori infraquattordicenni, rispetto ai quali il bene giuridico tutelato è quello l’intangibilità sessuale, mentre una tutela relativa, limitata ai casi di violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o di condizioni di inferiorità fisica o psichica, o abuso della posizione genitoriale, ecc., a favore dei minori degli anni diciotto ultrasedicenni, essendo in questo secondo caso tutelato il bene giuridico della libertà sessuale³⁸³.

L’età della vittima, nella Legge 269/1998, influisce pertanto unicamente sul piano della gravità del reato, rilevando ai fini della qualificazione normativa del fatto come ipotesi base o circostanza aggravante, o sull’*an* stesso dell’incriminazione³⁸⁴.

Autorevole dottrina ha osservato in merito che la tutela assoluta del minore è il prodotto della considerazione – confermata anche dal legislatore del 2006 – che per il minore compiere atti sessuali e prostituirsi volontariamente costituiscono due espressioni della

³⁸³ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 415 ss.

³⁸⁴ Ad esempio, in relazione alla fattispecie di prostituzione minorile di cui all’art. 600-*bis* c.p., mentre chi compie atti sessuali con il minore in età compresa tra i quattordici e i diciotto anni è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni (comma 2), chi compie lo stesso fatto nei confronti di un minore infrasedicenne è punito con la reclusione da due a cinque anni.

sessualità del tutto differenti, poiché «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”»³⁸⁵.

La scelta del legislatore del 1998 di prevedere una tutela assoluta a favore dei minori discende da tre fattori: la necessità di rispettare le linee guida contenute nei documenti internazionali in materia, *in primis* la Decisione quadro 2004/68/GAI, che definisce “bambino” il soggetto di età inferiore ai diciotto anni”; la scelta di porsi in linea con il livello di tutela individuato dalla precedente Legge 75/1958 sulla prostituzione; e, infine, la volontà di contrastare in modo fermo i fenomeni di pedofilia e prostituzione minorili che vanno assumendo nel mondo una dimensione ed una caratterizzazione schiavizzante sempre maggiore³⁸⁶.

Parte della dottrina ha inoltre evidenziato come l'estensione della tutela agli ultraquattordicenni ed anche agli ultrasedicenni purché minori degli anni diciotto potrebbe essere stata determinata anche dal fatto che «se la norma fosse stata limitata alla tutela dei minori degli anni 14, si sarebbero spesso verificati errori rilevanti, nel caso di minori di anni 14 che avessero dimostrato più anni, o comunque nel caso di errore effettivo, anche se colposo, da parte dello sfruttatore. Spostando la soglia agli anni 18 si è limitato drasticamente questo inconveniente [...] D'altra parte, il legislatore del 1998 non se l'è sentita di prevedere l'irrilevanza scusante dell'errore, anche incolpevole, sull'età, come di tradizione, e come ha invece fatto il legislatore del 1996 in relazione alla legge sulla violenza sessuale, con l'art. 609-*sexies*»³⁸⁷.

Non tutta la dottrina, tuttavia, ha manifestato il proprio consenso a favore della politica criminale adottata sul punto dal legislatore.

Infatti, accanto a chi ha ritenuto opportuna la scelta di operare una distinzione netta tra libertà sessuale e libertà di mercificazione del proprio corpo, ritenendo pericoloso per la società e fuorviante considerare la prostituzione da parte dei minori

³⁸⁵ Così, MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 239.

³⁸⁶ Cfr. per tutti, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 415-416.

³⁸⁷ Per tale notazione, CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 121 ss. e quivi 155.

un'autodeterminazione sessuale tollerabile³⁸⁸, vi è stato anche chi, invece, ha affermato che non può essere disconosciuta nemmeno ai minori la possibilità di disporre della propria sessualità anche a fini di lucro, sottolineando come tale ragionamento valga in particolare per gli ultraquattordicenni (posto che l'età del consenso sessuale è fissata appunto al compimento degli anni quattordici) e avrebbe dovuto portare alla previsione di livelli di tutela differenziata analoghi a quelli previsti dalla Legge 66/1996³⁸⁹.

In relazione al soggetto passivo dei delitti di cui agli artt. 600-bis e seguenti c.p. si pongono peraltro alcuni problemi interpretativi concernenti *l'error aetatis* ed il consenso dell'avente diritto.

Per quanto concerne la prima questione, l'autore dei delitti di cui agli artt. 600-bis e seguenti c.p. deve avere consapevolezza della minore età della vittima, che rappresenta il movente essenziale ed il sostrato psicologico che fa da base all'elemento doloso dei suddetti reati³⁹⁰.

Infatti, posta la rilevanza nei termini sopra indicati dell'età della vittima nell'ambito dei delitti introdotti dalla Legge 269/1998, *l'error aetatis* – anche colposo – che cade sull'età della vittima, facendola credere non minore degli anni diciotto (o degli anni sedici), vale ad escludere l'elemento soggettivo del reato e quindi anche la sussistenza del reato medesimo, posto che l'elemento soggettivo dei reati di prostituzione e pornografia minorili è generalmente rappresentato dal dolo generico³⁹¹. In tal caso, tuttavia, ai sensi dell'art. 47, comma 2, c.p., l'agente potrà non andare completamente esente da responsabilità penale qualora sussistano tutti gli elementi costitutivi di un diverso reato.

³⁸⁸ In tal senso, PICOTTI L., *Pornografia minorile: evoluzione della disciplina e dei beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *La tutela penale della persona*, a cura di FIORAVANTI L., Milano, 2001, 295 ss. e quivi 307; PADOVANI T., *Commento all'art. 1 della l. 269/1998*, in *Leg. pen.*, 1999, 53 ss. e quivi 59.

³⁸⁹ In tal senso, cfr. per tutti, CADOPPI A., *Commento Pre-art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 35 ss. e quivi 51 ss.; BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Torino, 2008, 73 ss., il quale sottolinea come la nuova disciplina assicura una protezione forte a favore del bene giuridico tutelato, ma, al contempo, introduce limiti «all'esercizio della libertà sessuale nei suoi contenuti positivi, cioè come facoltà di disporre liberamente del proprio copro per fini sessuali ben più severi rispetto a quelli predisposti in tema di violenza sessuale dalla legge del 1996».

³⁹⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 427.

³⁹¹ L'errore che esclude la punibilità può essere anche colposo poiché i delitti di prostituzione minorile e pornografia minorile sono punibili a titolo di dolo e non di colpa. Un eventuale limite all'esclusione della punibilità potrebbe derivare essenzialmente dalla non credibilità sul piano probatorio dell'errore medesimo (CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 121 ss. e quivi 155).

Invece, qualora il soggetto attivo abbia erroneamente creduto che la vittima fosse minorenne, sarà integrata la fattispecie del reato putativo e l'autore del fatto andrà incontro alla responsabilità penale *ex art. 49, comma 3, c.p.*

Ad esempio, in relazione alla fattispecie di induzione alla prostituzione di cui all'art. 600-*bis*, comma 1, c.p., qualora il soggetto attivo abbia creduto la vittima non minore degli anni diciotto, risponderà in ogni caso dei reati sessuali di cui agli artt. 609-*bis* e seguenti c.p. (non invece del reato di induzione alla prostituzione di cui all'art. 3, comma 2, n. 5, della Legge 75/1958, difettando la maggiore età della vittima); mentre, qualora egli abbia creduto che la vittima fosse infradiciottenne, risponderà ai sensi dell'art. 49, comma 3, c.p. dei suddetti reati sessuali qualora ne ricorrano gli estremi.

Qualora invece il soggetto attivo sia stato in dubbio circa la minore età della vittima, e l'elemento soggettivo sia pertanto rappresentato dal dolo eventuale, si riscontra invece una «grave incongruenza» nel sistema, stante la mancata previsione dell'inescusabilità dell'errore sulla minore età della persona offesa (sancita invece in materia di reati sessuali dal vecchio art. 539 c.p. ed ora riprodotta dall'art. 609 *sexies* c.p.)³⁹².

Con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 600-*bis* c.p., deve peraltro evidenziarsi che la riformulazione della norma operata dalla Legge 38/2006 (che ha mutato la natura dell'ipotesi di rapporto sessuale con un minore ultraquattordicenne ma infrasedicenne in circostanziale rispetto all'ipotesi del fatto base di cui al comma 2) ha comportato la modifica anche della disciplina dell'errore sull'età della vittima in tale ipotesi³⁹³. In particolare, l'*error aetatis*, che, in precedenza, era sempre rilevante – indipendentemente dalla sua natura colposa o meno – quando cadeva sull'età del minore ultraquattordicenne con il quale venivano compiuti atti sessuali (mentre l'art. 609-*sexies* c.p. in materia di reati sessuali prevede l'assoluta irrilevanza dell'*error aetatis* sull'età dell'infratordicenne), oggi rileva invece *ex art. 52, comma 2, c.p.* solo qualora non

³⁹² Ancora, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 427. L'Autore evidenzia come «l'inescusabilità dell'*ignorantia aetatis* risponde ad un'esigenza, non certo inferiore, di tutela rafforzata dei minori rispetto ai reati di prostituzione e pornografia, anche rispetto alle più gravi offese contenute nei reati sessuali». Inoltre, in relazione in particolare ai gestori dei locali in cui si esercita la prostituzione e ai clienti, «la scusabilità di tale ignoranza può compromettere le finalità di tutela della nuova legge, stimolando i rei ad invocarla quale ne sia la causa determinante: la totale indifferenza per l'età della vittima o particolari circostanze ingannevoli (del minore o di terzi, quale la falsificazione del documento di identità)». Sul punto, l'Autore afferma che sarebbe stato più opportuno che il legislatore adottasse, nell'ottica della tutela del minore e del rispetto del principio di colpevolezza, la soluzione di ritenere scusabile l'errore incolpevole e inescusabile quella colpevole.

³⁹³ MANTOVANI M., *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA G., Padova, 2006, 147 ss. e quivi 152.

sia dipeso da colpa nel caso in cui cada sull'età del minore ultraquattordicenne ma infrasedicenne (trattandosi di elemento circostanziale).

Altra tematica ampiamente discussa in dottrina è quella relativa alla legittimità o meno di limitare la libertà di autodeterminazione dei minori in materia sessuale in nome di una loro asserita immaturità, che pare tuttavia non trovare un saldo fondamento né nella scienza né nella nostra tradizione culturale, e della conseguente eventuale rilevanza della presenza del consenso del minore nei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p.³⁹⁴.

Autorevole dottrina si è chiesta, in particolare, se non debba riconoscersi una qualche efficacia scriminante o escludente la tipicità alla presenza del consenso del minore in relazione alle fattispecie incriminatrici previste dalla Legge 269/1998, sul presupposto che nel nostro ordinamento la libertà sessuale si acquista con il compimento del quattordicesimo anno di età (art. 609-*quater* c.p.) e che laddove l'età minima per un valido consenso è elevata al compimento del sedicesimo anno di età, ovverosia quando il minore è oggetto di abusi sessuali da parte di genitori, tutori, conviventi, ecc., tale limitazione è considerata, secondo l'opinione prevalente, un'eccezione alla regola generale, dovuta ad una presunzione assoluta da parte del legislatore della sussistenza di un abuso da parte di tali soggetti nei riguardi del minore in ragione della particolare autorità che queste persone rivestono nei suoi confronti³⁹⁵. Secondo tale opinione dottrinale, «Il problema non è dunque – sopra i 14 anni – quello della libertà sessuale, che già c'è; né quello dell'impiego, pur opinabile, di tale libertà a fini economici: tutto ciò non deve interessare, come tale, il diritto penale. Ciò che invece deve interessare il diritto penale *in subiecta materia* è la possibile *coartazione di tale libertà del minore da parte di terzi*, ai fini economici, o anche ad altri fini. Dunque non si dovrebbe punire lo sfruttamento sessuale del minore di 18 anni ma maggiore di 14 anni a fini di lucro come tale, ma solo laddove esso sia accompagnato da una qualche forma di abuso o

³⁹⁴ In tal senso, PALUMBIERI S.R., *Introduzione ai reati contro lo sviluppo psico-fisico dei minori*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, III, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di CADOPPI, A., CANESTRARI S., PAPA M., Torino, 2006, 315 ss. e quivi 351 ss.

³⁹⁵ CADOPPI A., *Commento pre-art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 35 ss. e quivi 56 ss.; ID., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 121 ss. e quivi 148 ss.

coartazione tali da inficiare il libero dispiegarsi di una tale libertà da parte del minore»³⁹⁶.

Alla luce di tali considerazioni, l'opinione dottrinale che si illustra propone un'articolare interpretazione correttiva del dettato legislativo volta a "rimediare" all'incongruenza che si genererebbe nel sistema ritenendo del tutto irrilevante il consenso del minore nelle fattispecie di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p.: l'infraquattordicenne dovrebbe considerarsi tutelato in modo assoluto, senza eccezioni, ed a prescindere pertanto anche dall'esistenza di un eventuale suo consenso; l'ultraquattordicenne ma infrasedicenne dovrebbe considerarsi sempre tutelato ma in via presuntiva, cosicché il suo consenso sarebbe valido solo qualora fosse dimostrato che il minore, per maturità, poteva validamente disporre della propria libertà sessuale e che, nel caso di specie, la sua scelta è stata libera ed informata; l'ultrasedicenne ma infradiciottenne dovrebbe considerarsi tutelato dalla normativa in esame solo in certe ipotesi, dovendosi riconoscere che egli può, salvo prova contraria, acconsentire alla propria utilizzazione per esibizioni pornografiche o per la produzione di materiale pornografico, fermo restando che 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 è stata una scelta libera ed informata, il consenso sarà invalido; infine, naturalmente, il soggetto maggiore degli anni diciotto non risulta tutelato dalla normativa in materia di pedofilia e pedopornografia, cosicché, qualora egli fosse costretto ad esibizioni pornografiche o al fine di produrre materiale pornografico, sussisterebbe comunque il diverso delitto di violenza privata, o, nei casi più gravi, i delitti di sequestro di persona, o riduzione in schiavitù, ovvero il delitto di violenza sessuale o taluni delitti previsti dalla Legge 75/1958³⁹⁷.

Questa ricostruzione si scontra tuttavia con il dato normativo, che esclude una qualsiasi rilevanza del consenso del minore vittima dei reati di prostituzione e pornografia minorili. In relazione a ciò, altra parte della dottrina ha affermato che proprio il dettato

³⁹⁶ CADOPPI A., *Commento pre-art. 600-bis c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 35 ss.e quivi 61.

³⁹⁷ CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 121 ss. e quivi 148 ss. L'Autore, pur ritenendo che la lettura illustrata difficilmente troverà accoglimento, afferma che diversamente opinando dovrebbe riconoscersi che sussiste un grave sospetto di illegittimità costituzionale della nuova normativa.

legislativo non consente – in ragione del brocardo *in claris non fit interpretatio* – il superamento del generale limite della maggiore età in via interpretativa³⁹⁸.

Vi è inoltre una terza opinione dottrinale, secondo cui l'innalzamento a diciotto anni dell'età della vittima ai fini della rilevanza penale del fatto in materia di delitti di prostituzione e pornografia minorile troverebbe fondamento nel fatto che tali reati si caratterizzano per una «specifica strumentalizzazione e fruizione del minore da parte di terzo», sfruttamento che difetta invece nei reati sessuali “comuni”³⁹⁹. A tale tesi è stato tuttavia correttamente obiettato che in realtà anche nei reati sessuali il minore vittima è strumentalizzato, ed anzi, si tratta di una strumentalizzazione ancor più grave se si tiene conto che è generalmente attuata mediante la sopraffazione della vittima e contro la sua volontà⁴⁰⁰.

3.1.3 Le condotte incriminate e la rilevanza delle nuove tecnologie

Venendo alle fattispecie incriminatrici, queste introducono nuove figure delittuose che costituiscono gravi lesioni di primari beni giuridici costituzionalmente garantiti⁴⁰¹.

In particolare, la Legge 269/1998 rende penalmente illecite le seguenti condotte:

- i) induzione alla prostituzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione di un minore, nonché (salvo che il fatto costituisca più grave reato) il compimento di atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici anni ed i diciotto anni in cambio di denaro o altra utilità economica;
- ii) sfruttamento sessuale di minori al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico;
- iii) commercio del materiale pedopornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori;
- iv) distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica» del materiale pornografico prodotto sfruttando i minori;

³⁹⁸ ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009, 145 ss.

³⁹⁹ Per questa opinione, PICOTTI L., *Pornografia minorile: evoluzione della disciplina e dei beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *La tutela penale della persona*, a cura di FIORAVANTI L., Milano, 2001, 295 ss. e quivi 308.

⁴⁰⁰ Per questa obiezione, PALUMBIERI S.R., *Introduzione ai reati contro lo sviluppo psico-fisico dei minori*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, III, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di CADOPPI, A., CANESTRARI S., PAPA M., Torino, 2006, 315 ss. e quivi 353.

⁴⁰¹ MUSACCHIO V., *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale “anti-pedofilia”*, in *Giust. pen.*, 1998, 665 ss.

- v) distribuzione e divulgazione di notizie o messaggi pubblicitari finalizzati all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto;
- vi) offerta o cessione «consapevole» ad altri, anche a titolo gratuito di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori;
- vii) acquisizione «consapevole» di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori;
- viii) il disporre di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori;
- ix) propaganda di viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno dei minori.

Le nuove tecnologie informatiche e telematiche giocano un ruolo di primo piano in relazioni a tali fattispecie incriminatrici, anche laddove non è presente un esplicito richiamo alla realizzazione della condotta «per via telematica».

Ciò discende, come si vedrà approfonditamente nel prosieguo, dall'accoglimento di una nozione ampia di “sfruttamento sessuale” dei minori, cui peraltro, successivamente all'entrata in vigore della Legge 38/2006, si è sostituita quella ancor più estesa di “utilizzo” dei minori.

Infatti, la disciplina di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. la nozione di “utilizzo” dei minori (ad esempio, per produrre esibizioni o materiale pornografico) risulta prescindere anche dalla presenza fisica dei minori medesimi.

Ciò ha fatto sì, ad esempio, che la giurisprudenza abbia interpretato l'art. 600-*bis* c.p. come norma che incrimina anche la prostituzione minorile anche nel caso di realizzazione prestazione sessuale per via telematica, ed in particolare quando la prestazione sessuale è resa a distanza mediante *webcam*.

Con riferimento alla produzione di materiale pedopornografico, anche questa può essere realizzata con le tecnologie telematiche, attraverso il trasferimento a mezzo Internet di immagini, suoni o parole prodotti al soggetto che poi le trasforma in un “prodotto finito” da offrire a terzi. In tali casi, se è indubbio che delle violenze compiute sui minori risponderà chi le ha effettivamente commesse, tuttavia anche il committente remoto che riceve le immagini per via telematica e le trasforma in prodotti per il mercato della pornografia risponderà del reato di cui all'art. 600-*ter* c.p., salva in ogni caso la

sua eventuale responsabilità a titolo di concorso, *ex artt. 110 ss. c.p.*, la cui sussistenza andrà valutata caso per caso⁴⁰².

Analogamente, le condotte di commercio e le altre citate, risultano evidentemente suscettibili di esser commesse – al di là della presenza o meno di una precisazione in tal senso da parte del legislatore – per via telematica. Infatti, gli utenti di Internet che accedono al sito *web* o all'indirizzo presso cui si trova il materiale pedopornografico in un certo senso acquisiscono immediatamente tale materiale e possono pertanto essere chiamati a rispondere del fatto di essersi procurati e successivamente eventualmente di aver disposto del materiale medesimo ai sensi dell'art. 600-*ter* c.p.⁴⁰³. Per quanto concerne, invece, coloro che inviano o collocano su Internet i dati informatici illeciti, questi potranno essere qualificati “pubblicizzatori” ai sensi del comma 3 dell'art. 600-*ter* c.p. qualora si limitino a fornire l'informazione della presenza del materiale, ovvero “distributori” nel caso in cui offrano in visione il materiale pedopornografico ad un pubblico differenziato o ancora “cedenti” se l'offerta sia indirizzata ad un singolo soggetto⁴⁰⁴.

3.1.4 Un primo bilancio

L'impianto della nuova normativa, è stato da più parti criticato, in quanto, seppur sorretto dal nobile intento di predisporre un'ampia tutela a favore dei minori, tuttavia risulterebbe affetto da un carattere «simbolico-espressivo» e da una chiara connotazione emergenziale che avrebbero portato il legislatore ad eccedere nella tutela e a non

⁴⁰² PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 263-264.

⁴⁰³ In relazione a ciò, prima dell'entrata in vigore della novella del 2006 che l'ha soppresso, assumeva particolare rilievo l'avverbio «consapevolmente» inserito nelle fattispecie incriminatrici. Tale avverbio consentiva di delimitare l'ambito di applicazione delle norme penali di cui si tratta, escludendone i casi in cui la registrazione o il trasferimento o la ricezione di dati avvenga – come possibile nelle comunicazioni per via telematica – all'insaputa dell'utente o del *provider* titolare del sistema informatico in cui sono allocati o per il quale transitano i dati informatici illeciti. Infatti, i programmi atti a consentire all'utente la navigazione su Internet (c.d. *browser*) memorizzano automaticamente nel sistema dell'utente i dati informatici relativi alle pagine visitate, a prescindere da una attività di memorizzazione volontariamente posta in essere da parte dell'utente medesimo.

⁴⁰⁴ PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 266.

delimitare in modo preciso i margini di alcune fattispecie, con conseguente rischio di lesione dei diversi valori costituzionali che vengono in gioco⁴⁰⁵.

Due sono profili della disciplina del 1998 che hanno suscitato le più aspre critiche: da un lato, la tecnica legislativa utilizzata, per l'infelice formulazione di alcune fattispecie (per certe carenze di tutela e conseguenti sperequazioni rispetto ai comuni delitti sessuali e per la «stratificazione legislativa, avulsa da ogni preoccupazione sistematica e di coordinamento, da rendere pressoché inestricabile l'intricata rete di rapporti tra i nuovi delitti di prostituzione e di pornografia minorile, i delitti sessuali degli artt. 609-bis ss. e i delitti prostituzionali dell'art. 4 L. n. 75/1958; e da costringere l'interprete a spericolate acrobazie ermeneutiche»), e, dall'altro, l'inadeguatezza, sotto il profilo sociocriminologico, della risposta penale che pure rimane imprescindibile⁴⁰⁶.

È opinione condivisa, infatti, che le fattispecie incriminatrici di cui alla Legge 269/1998 siano state formulate in modo spesso poco chiaro, risultando indeterminate o addirittura lacunose (ad esempio, il legislatore non ha fornito una definizione normativa di "pornografia") e dando luogo a gravi problemi interpretativi per gli operatori del diritto⁴⁰⁷.

Peraltro, si è evidenziato che tali problemi risultano ulteriormente aggravati dalla circostanza che la Legge 269/1998 ha previsto un regime sanzionatorio estremamente severo, prevedendo pene con limiti edittali molto elevati solo parzialmente differenziate per condotte con un disvalore molto diverso tra loro⁴⁰⁸.

Inoltre, come più sopra evidenziato, molte perplessità hanno destato in particolare due scelte politico-criminali operate dal legislatore del 1998: quella di estendere la tutela penale prevista dalla legge in commento a tutti gli infradiciottenni, in contrasto con il sistema penale che prevede invece l'età dei quattordici anni per il consenso sessuale⁴⁰⁹, e quella di incriminare condotte meramente prodromiche allo sfruttamento sessuale dei minori, «eccessivamente distanti (non soltanto dal ledere, ma altresì) dall'esporre a pericolo il bene giuridico, da identificarsi, appunto, nel diritto del minore ad un corretto

⁴⁰⁵ Così, MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss.

⁴⁰⁶ Così, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 414-415.

⁴⁰⁷ V. in particolare sul punto, MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss. e quivi 48.

⁴⁰⁸ Per tale osservazione, FLORA G., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 ss.

⁴⁰⁹ BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Torino, 2008, 73 ss.

e fisiologico sviluppo della propria personalità, *in fieri*», con conseguente eccessiva anticipazione dell'intervento penale⁴¹⁰.

Tali scelte, peraltro, lasciano pensare che le incriminazioni introdotte dalla Legge 269/1998 siano funzionali alla repressione dell'autore-pedofilo-perverso, e così paiono riconducibili ad un diritto penale dell'autore piuttosto che del fatto.

Tuttavia, va detto che, se complessivamente considerata, la disciplina introdotta dalla Legge 269/1998 merita apprezzamento per il fatto che si dirige per la prima volta a contrastare la mercificazione professionalmente organizzata del sesso minorile e l'«industria» del sesso minorile⁴¹¹, andando a colpire sia i pedofili isolati, sia – soprattutto – i pedofili organizzati (o comunque in contatto tra loro anche mediante Internet o con apposite «società di servizi»).

Peraltro, la legge in esame contrasta i reati di pedofilia e pedopornografia anche quando, in applicazione della legge della domanda e dell'offerta, essi divengono transnazionale, spostandosi all'estero (fisicamente o virtualmente sfruttando le potenzialità delle comunicazioni telematiche); l'art. 10 prevede infatti una tendenziale universalità della legge penale italiana, cui si affianca l'introduzione di una serie di misure volte al rafforzamento della cooperazione internazionale in tale ambito, affinché i fenomeni in commento non sfuggano ad un'adeguata risposta del diritto penale nazionale.

E apprezzabile risulta altresì il fatto che l'azione di contrasto non si limiti a rinforzare la repressione penale in materia di prostituzione e pornografia minorili, ma contempra un intervento ad ampio spettro, l'unico idoneo a far fronte a fenomeni così poliedrici. La Legge 269/1998, infatti, accanto ad una serie di disposizioni penali, contiene anche disposizioni volte a stabilire la responsabilità amministrativa degli enti (art. 5), a tutelare i minori contro i danni fisici e psichici connessi ai reati subiti (artt. 2, comma 2, 8, 15), a fornire all'autorità giudiziaria strumenti processuali più efficaci (artt. 11, 12, 13), ad attribuire alla polizia giudiziaria nuovi mezzi di contrasto dei fenomeni suddetti (art. 14), ed ancora disposizioni pubblicitarie di stampo preventivo (art. 16),

⁴¹⁰ Così, MANNA A., *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, 855 ss. e quivi 878. *Contra*, Cassazione penale, SS.UU., 5 luglio 2000, n. 13, accessibile all'indirizzo <http://www.eius.it/giurisprudenza/2000/2.00.035.0.asp>, secondo cui «oltre alla preesistente tutela penale della libertà (di autodeterminazione e maturazione) sessuale del minore, viene introdotta una tutela penale anticipata volta a reprimere quelle condotte prodromiche che mettono a repentaglio il libero sviluppo personale del minore, mercificando il suo corpo e immettendolo nel circuito perverso della pedofilia».

⁴¹¹ FLORA G., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 ss.

disposizioni attributive ad organismi istituzionali di compiti di coordinamento e di informazione dell'attività di monitoraggio e repressione dello sfruttamento sessuale minorile, disposizioni istitutive di appositi fondi e di unità specializzate di polizia giudiziaria (art. 17), nonché, infine, la previsione dell'immediata entrata in vigore della legge, prevista per il giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (art. 19), a testimonianza dell'urgenza generalmente avvertita di dare una risposta pronta ed efficace ai drammatici fenomeni di cui si tratta.

Per quanto rileva ai fini dell'oggetto di questo studio, il legislatore del 1998 attua inoltre un aggiornamento del Codice penale e del Codice di procedura penale in considerazione dello sviluppo dei mezzi di comunicazione informatica e telematica, mostrando di aver avuto presente il ruolo preminente che le nuove tecnologie svolgono in relazione ai delitti di sfruttamento sessuale dei minori, sotto i diversi profili dell'offensività, della diffusività e del carattere inedito delle modalità di aggressione al bene giuridico tutelato. Come si vedrà nel dettaglio nel prosieguo, infatti, la Legge 269/1998 affronta per la prima volta la delicata tematica della repressione della pedofilia e della pedopornografia via Internet, introducendo le più volte citate fattispecie incriminatrici a tutela dei minori, nonché una serie di norme procedurali che mirano a rendere maggiormente efficaci le indagini penali e il potere di contrasto dei fenomeni in commento da parte della polizia giudiziaria con specifico riferimento alle condotte realizzate per il tramite delle nuove tecnologie; in tale ottica, assume rilievo anche la citata istituzione di un nucleo di polizia specializzato (la Polizia Postale e delle Telecomunicazioni) al fine di potenziare le risorse dello Stato in relazione alle indagini sui crimini informatici.

3.2 La Legge 38/2006

Nonostante l'avvio dell'azione repressiva dello sfruttamento sessuale dei minori con la Legge 269/1998, ci si avvede, nell'arco di pochi anni, che il fenomeno è in continua crescita, soprattutto nel *cyberspace*, e che la risposta del nostro sistema penale – ma, in un'ottica più generale, quella degli ordinamenti giuridici nazionali – non è tale da poterlo contrastare efficacemente.

La constatazione dell'insufficienza della tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale approntata dalla Legge 269/1998 e la necessità di colmare le lacune che si

erano venute evidenziando, di intensificare la finalità di prevenzione generale, e di soddisfare le linee-guida delineate in materia dalla Decisione quadro 2004/68/GAI⁴¹² e dalla Convenzione sul *cybercrime* del 2001, inducono il legislatore italiano ad approvare, ad otto anni di distanza dalle norme «contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù», la Legge 6 febbraio 2006, n. 38, intitolata «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet»⁴¹³.

La novella interviene a riformulare parzialmente la disciplina dettata dalla legge del 1998, modificando la struttura di alcune fattispecie incriminatrici ed inasprendo ulteriormente il relativo regime sanzionatorio, in particolare mediante l'introduzione di pene accessorie.

Della riforma del 2006 la dottrina parla come di una vera e propria «aberrazione giuridica». Si sostiene, infatti, che la Legge 38/2006, seppur con il nobile intento di ampliare la tutela dei minori da indebiti sfruttamenti sessuali, ha finito per «predisporre una sorta di “grida manzoniana” del XXI secolo contro gli “untori-pedofili”, in (potenziale o attuale) violazione di svariati principi costituzionali, e comunque del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale. Si parla tanto oggi – a proposito o a sproposito – di diritto penale “del nemico”. Anche il diritto penale della pedopornografia pare inseribile correttamente in questo filone, in quanto con questa legge, più che regolamentare secondo i consueti canoni del diritto penale un preoccupante fenomeno sociale, e tutelare (questo è sicuramente sacrosanto!) i diritti dei minori, si è dichiarata guerra al “nemico-pedofilo”, ponendolo fuori dal contesto sociale e riservandogli un trattamento spietato e sproporzionato»⁴¹⁴.

In particolare, si è evidenziato che la nuova disciplina ha dato origine a fattispecie incriminatrici la cui configurazione consente la repressione di meri atteggiamenti sintomatici di fatti che – seppur moralmente riprovevoli –risultano inoffensivi di beni giuridici.

⁴¹² Come noto, la Decisione quadro invita gli Stati membri ad intraprendere iniziative legislative e a presentare proposte dirette al contrasto dei fenomeni dello sfruttamento sessuale dei minori e della pornografia minorile, mediante la previsione di incriminazioni e sanzioni comuni.

⁴¹³ G.U. del 15 febbraio 2006, n. 38.

⁴¹⁴ CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 40.

Veniamo dunque ad una sintetica disamina delle principali novità introdotte dal legislatore del 2006.

Anzitutto, è stato riformulato l'art. 600-*bis* c.p. prevedendo un generale innalzamento dell'età del "minore" vittima fino al compimento del diciottesimo anno di età, peraltro aggravando le perplessità sollevate già in merito alle scelte di politica criminale operate dal legislatore del 1998⁴¹⁵. È stato inoltre inasprito il regime sanzionatorio nei confronti dei clienti della prostituzione minorile, per i quali viene previsto che la pena pecuniaria è comminata in aggiunta a quella detentiva i cui limiti edittali sono stati aumentati (ora sono da due a cinque anni); al contrario, a favore del cliente minorenni viene prevista l'alternatività fra pena pecuniaria e pena detentiva, ed una riduzione della pena fino a due terzi (anziché fino a un terzo).

Il legislatore della novella ha inteso confermare ed anzi rafforzare alcune tendenze politico-criminali del legislatore del 1998, ed in particolare l'intento di contrastare in modo rigoroso e severo i fenomeni della pedofilia e della pornografia minorili, andando a colpire anche l'anello finale della catena, ovverosia il "consumatore finale" (il cliente, ma anche, come si vedrà nel prosieguo, il mero detentore di materiale pedopornografico). Tale opzione è stata fortemente criticata in dottrina, in quanto si è sottolineato che così facendo il legislatore penale in sostanza rinuncia a rimodellare il quadro sanzionatorio nei confronti di chi si pone a monte della catena, mostrando nei suoi confronti una cronica debolezza. Vi è infatti chi, in merito, scrive che questo «È il segno di una bancarotta dell'intervento penale rispetto ai poteri forti retrostanti alla prostituzione minorile, che si vuole mascherare, nell'immaginario dei consociati, dietro lo schermo dell'impegno delle sue risorse maggiori nella lotta contro coloro che ne sono i protagonisti più deboli»⁴¹⁶.

Per quanto attiene al profilo soggettivo, è mutato anche il trattamento riservato all'*error aetatis* in conseguenza della modifica apportata al comma 3 dell'art. 600-*bis* c.p., come più sopra già illustrato.

Per quanto riguarda invece la pornografia minorile, nell'art. 600-*ter*, comma 1, c.p. il termine "sfruttamento" è stato sostituito da quello di "utilizzo": mediante l'ampliamento

⁴¹⁵ In tal senso, cfr. MONACO L., *Nota introduttiva al Capo III, Dei delitti contro la libertà individuale*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ E., Padova, 2008, 1648 ss.

⁴¹⁶ MANTOVANI M., *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in AA.VV., *la legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA G., Padova, 2006, 147 ss. e quivi 151.

della condotta perseguita dalla norma si è inteso evitare che la repressione fosse limitata ai produttori di materiale pedopornografico organizzati.

Secondo parte della dottrina, la nuova formulazione, che prevede che lo sfruttamento del minore sia punito solo se ed in quanto mediante lo stesso si pervenga alla produzione di materiale pedopornografico, avrebbe addirittura modificato quantomeno parzialmente la *ratio* dell'incriminazione in commento, in quanto l'oggetto privilegiato di tutela sarebbe divenuto il pudore dei minori, anteposto persino allo sfruttamento sessuale degli stessi⁴¹⁷.

In merito all'ampliamento dell'ambito di rilevanza penale ai sensi della norma di cui all'art. 600-ter c.p. come riformulata, la dottrina ha evidenziato come non siano state invece introdotte – a far da contrappeso – quelle cause di non punibilità (ad esempio, per i casi in cui materiale sia prodotto senza alcun sfruttamento sessuale ed in presenza del consenso del minore, capace di consenso sessuale, per uso privato e non sia diffuso) che erano contemplate dalla normativa comunitaria che ha ispirato la riforma del 2006 e di cui si era ampiamente discusso anche nel corso dei lavori preparatori⁴¹⁸. Tale mancata previsione, secondo parte della dottrina, suscita forti dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 600-ter c.p., sotto diversi profili: offensività, determinatezza, rispetto della *privacy*, proporzionalità delle pene⁴¹⁹.

Sempre in relazione all'art. 600-ter c.p., è stato sottolineato come purtroppo il legislatore del 2006 non abbia provveduto a colmare la lacuna della mancanza di una definizione normativa di “pornografia”.

Ulteriori modifiche di rilievo sono state apportate al comma 4 dell'art. 600-ter c.p.: la condotta è stata ampliata in conseguenza dell'equiparazione alla “cessione” della “mera offerta” di materiale pedopornografico (suscitando dubbi circa una violazione o una deroga alla disciplina dell'istigazione non accolta di cui all'art. 115 c.p.) ed è stata prevista – mediante l'eliminazione dell'avverbio «consapevolmente» – la punibilità anche a titolo di dolo eventuale.

⁴¹⁷ MANTOVANI M., *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in AA.VV., *la legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA G., Padova, 2006, 147 ss. e quivi 156.

⁴¹⁸ CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 41.

⁴¹⁹ Per tali osservazioni, v. ancora CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 41.

Inoltre, per tutte le fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p. è stato previsto un inasprimento del regime sanzionatorio, mediante la previsione della cumulabilità (al posto dell'alternatività) della pena pecuniaria e della pena detentiva. È stata introdotta poi un'aggravante – ritenuta, come si vedrà nel prosieguo, indefinita – che ha riguardo alla «ingente quantità» del materiale pedopornografico oggetto delle condotte di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 600-ter c.p.

Analogha sorte è toccata al regime sanzionatorio previsto per la detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-quater c.p., incriminazione di cui, al contrario, si era richiesto il ridimensionamento, e che invece ha anzi subito un ampliamento della propria portata, essendo stata prevista – tramite l'eliminazione dell'avverbio «consapevolmente» – la punibilità della condotta anche a titolo di dolo eventuale.

Sotto diverso profilo, il legislatore è intervenuto opportunamente sulla disposizione da ultimo citata sostituendo il vero «disporre» con il verbo «detiene», che – oltre a rispecchiare il *nomen iuris* del delitto – come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo agevola l'identificazione della condotta tipica e consente di escludere la rilevanza penale del fatto della mera consultazione o visione anche per via telematica di materiale pedopornografico.

Come per l'ipotesi di pornografia minorile, anche nel caso della detenzione di materiale pedopornografico il legislatore non ha previsto cause di non punibilità, qui forse ancor più necessarie considerata la scarsa offensività delle condotte perseguite.

La novità più saliente della riforma del 2006 rispetto all'impianto originario disegnato dalla legge 269/1998 è rappresentata tuttavia dalla incriminazione – per la prima volta nel nostro sistema penale – della pornografia virtuale (seppur con pena ridotta di un terzo rispetto a quella prevista dagli artt. 600-ter e 600-quater c.p.), che ha esteso in modo estremo la nozione di “materiale pedopornografico” agli effetti della legge penale, peraltro senza che la norma di cui all'art. 600-quater.1 c.p. sia stata formulata secondo il canone della determinatezza, come si dirà nel prosieguo.

La norma di cui all'art. 600-quater.1 c.p. rappresenta senza dubbio la disposizione più «singolare» e discussa per la scelta di criminalizzazione dell'intera normativa in materia di pedofilia e pedopornografia, in quanto pare violare i principi cardine del diritto penale, ed *in primis* il principio di laicità dello Stato ed il principio secondo cui

cogitationis poenam nemo patitur, non essendo individuabili né una reale offesa a beni giuridici né una vittima “in carne e ossa” (si parla infatti di *victimless crime*)⁴²⁰.

Nemmeno in questo caso, peraltro, sono state previste cause di non punibilità, delle quali pure si era discusso nel corso dei lavori preparatori.

Per quanto concerne il regime sanzionatorio, la Legge 38/2006 lo rende ancora più rigoroso anche mediante l'introduzione di pene accessorie, tra cui quella – nuova – della interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture private frequentate prevalentemente da minori, sia nel caso di condanna, sia – peraltro – nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex artt.* 444 c.p.p.

Le diverse modifiche apportate dalla Legge 38/2006 alla disciplina introdotta nel 1998 confermano ulteriormente la tendenza del legislatore a considerare il reo dei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. in ragione della sua sola perversione: questi viene severamente punito, senza che si pensi veramente ad una sua rieducazione, sul modello di diritto penale che persegue il tipo di autore.

L'accentuazione della finalità simbolico-performativa delle incriminazioni in materia di pedofilia e pedopornografia, con ulteriore anticipazione della soglia di tutela penale ed applicazione di un rigoroso trattamento sanzionatorio ad illeciti spesso di pericolo astratto operata dalla novella, unitamente all'attenuazione delle garanzie processuali ed alla previsione di attività di contrasto demandate alla polizia in veste di agente provocatore conduce pericolosamente verso una deformalizzazione dei principi liberali del diritto penale (*in primis*, i principi di colpevolezza, sussidiarietà, offensività, determinatezza e neutralità assiologica del precetto) e verso una concezione del diritto penale come strumento di «lotta» – così si legge nel titolo della Legge 38/2006 – al nemico pedofilo.

Infatti, non si può non osservare come la repressione di condotte al più sintomatiche di un mero *vicious behaviour*, prive di reale offensività per l'integrità psico-fisica di un minore “in carne ed ossa” (*victimless crime* come ad esempio il reato di cui all'art. 600

⁴²⁰ In tal senso, sempre MONACO L., *Nota introduttiva al Capo III, Dei delitti contro la libertà individuale*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1648 ss.; CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 43.

quater.1 c.p.)⁴²¹, cui peraltro sono associate pene di estrema severità, comporta una paradossale deviazione dei fini della tutela penale, che, anziché occuparsi della protezione di beni giuridici alla mera istituzionalizzazione delle aspettative normative ed alla stabilizzazione sociale, rischiando anche di rendere ineffettiva la normativa dettata in materia⁴²².

Peraltro, anche a fronte delle istanze formulate a livello europeo con la Decisione quadro del 22 dicembre 2003 che il legislatore italiano ha inteso recepire con la Legge 38/2006, la dottrina, molto critica, ha rilevato che la novella, da un punto di vista penalistico, sembra un «“groviglio di incongruenze” guidate da uno spasmodico intento di annientare ad ogni costo un fenomeno aberrante quale quello degli abusi sessuali su minori»⁴²³.

In merito, non si può che ribadire come il contrasto degli aberranti crimini di pedofilia e pedopornografia debba essere condotto con forza e determinazione, ma pur sempre nel pieno rispetto dei principi costituzionali e delle finalità proprie di un diritto penale moderno.

3.3 I nuovi disegni di legge in materia di pedofilia

Per quanto attiene alle prospettive *de iure condendo*, non si può mancare di evidenziare che sono stati presentati numerosi progetti di legge⁴²⁴, alcuni già all'esame delle commissioni, volti ad introdurre nel Codice penale il reato di “pedofilia”, non definito né dal legislatore del 1998 né da quello del 2006.

In particolare, il 17 giugno 2008 è stato presentato, ad iniziativa dell'on. Alessandro Pagano (Pdl) e cofirmato da circa un centinaio di deputati di ogni schieramento, il

⁴²¹ Per tale notazione, MANNA A., *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, 855 ss. e quivi 878-880, il quale, con riferimento all'art. 600-quater c.p., sostiene che il legislatore, benché parta dal proclamato intento di incriminare condotte di mercificazione e sfruttamento a fini lucrativi dell'immagine del minore, in realtà finisca per incriminare un «mero *vicious behaviour*, l'atteggiamento interiore e la condotta di vita dell'autore», confondendo «il peccato con il reato».

⁴²² CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss.

⁴²³ Così MUSACCHIO V., *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia via Internet*, in *Riv. pen.*, 2006, 399 ss.

⁴²⁴ L'elenco è accessibile all'indirizzo <http://www.senato.it/ricerche/sDDL/risultati.ricerca.jsessionid=4B117112A970F7CEE4538BC4BA4D426C>.

disegno di legge recante «Misure per la prevenzione e la sensibilizzazione alla lotta contro la pedofilia e per il contrasto dei reati di pedofilia culturale connessi agli abusi sessuali sui minori»⁴²⁵.

L'art.1 di tale proposta di legge prevede che sia aggiunto l'inciso «e pedofilia» ad «atti sessuali con minorenni» alla rubrica dell'art. 609-*quater* c.p. al fine, secondo il primo firmatario, di promuovere un'azione preventiva, oltre che repressiva del fenomeno.

Qualora il disegno di legge dovesse essere approvato, il termine “pedofilia” entrerebbe per la prima volta in un testo legislativo quale nuova fattispecie di reato.

L'art. 2 prevede invece l'introduzione nel corpo del Codice penale del reato di “pedofilia culturale” quale fattispecie del reato di apologia previsto nell'art. 414-*bis* c.p., punito con pene previste da tre a cinque anni di reclusione⁴²⁶.

Alla conferenza di presentazione del progetto di legge, l'on. Alessandro Pagano ha dichiarato che «l'emergenza culturale di un pericoloso tentativo di giustificare la pedofilia sul piano filosofico e ideologico, che tende a diffondersi in modo subdolo attraverso Internet e va represso con forza»; il deputato ha sottolineato in particolare come esistano vere e proprie *lobby* di «gruppi di pedofili collegati che cercano di far diventare costume ciò che invece è una patologia e un abominio». Da uno studio eseguito dall'Associazione Meter, esisterebbero infatti «552 associazioni di “rivendicazione dei diritti dei pedofili”, di cui 12 italiane; 3 movimenti religiosi per la “teologia del pedofilo”, oltre 500 agenzie di consulenza, anche giuridica, ai pedofili; 5 portali telematici di diffusione; 3 database online di studi per l'accettazione della pedofilia; 5 siti di *cartoons* pedofili; 4 riviste internazionali, 3 radio; 5 libri scaricabili online; 2 siti commerciali e perfino un'agenzia stampa».

In questo e negli altri progetti di legge al vaglio del Parlamento italiano, non si manca dunque di riconoscere ad Internet il triste ruolo di luogo privilegiato e primario veicolo di diffusione dei reati di sfruttamento sessuale dei minori.

Anche in un'analogo proposta di legge recante «Introduzione dell'articolo 414-*bis* del codice penale concernente la pedofilia e la pedopornografia culturale» presentata dall'on. Carolina Lussana (Lega Nord) il 30 aprile 2008, si legge: «Il monitoraggio della

⁴²⁵ Atto della Camera n. 1305, XVI Legislatura, accessibile all'indirizzo <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/31730.htm>.

⁴²⁶ Atto della Camera n. 665, XVI Legislatura, accessibile all'indirizzo http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0001220

rete *internet* da parte della polizia postale e di organizzazioni di volontariato dimostra con sempre maggiore frequenza come la rete sia utilizzata non solo per divulgazione di materiale di tipo pedopornografico, ma anche per la diffusione di una vera e propria apologia del reato di pedofilia. Alcune farneticanti pseudo-associazioni o gruppi di persone deviate e abiette per i loro interessi sessuali per i bambini stanno promuovendo a livello mondiale una sottile e assurda distinzione tra pedofilia “cattiva e buona”. Queste aberranti disquisizioni consistono in veri e propri “trattati”, saggi più o meno filosofeggianti per disquisire sulla legittimità e persino sull’“opportunità” di rapporti sessuali fra adulti e minorenni. E non mancano frasi apologetiche sugli abusi sessuali ai danni di bambini e di adolescenti che i frequentatori di questi siti si scambiano, organizzando dei veri e propri “*forum*”, un punto di incontro tra depravati stupratori, o aspiranti tali, di bambini. Molto spesso questi soggetti, tra loro, sono soliti definirsi addirittura “pedofili culturali” e le ramificazioni sono talmente vaste che, di frequente, i collegamenti telematici si estendono a siti esteri dello stesso genere. La diffusione di questo orrendo pensiero relativista ha addirittura portato alla costituzione nei Paesi Bassi di una formazione partitico-lobbistica, “*Naastenliefde, Vrijheiden en Diversiteit*” (solidarietà, libertà e diversità), che nella sua piattaforma programmatica propone di abbassare l’età legale per avere rapporti sessuali da 16 a 12 anni e di legalizzare la pedopornografia e il sesso con gli animali. È del tutto evidente come sia necessario intervenire al più presto sotto il profilo della prevenzione e della repressione, non solo avvalendosi degli strumenti di lotta di tipo telematico che sono sempre in continua evoluzione, ma anche attraverso nuove fattispecie di reato con modifiche al codice penale che servano a combattere più efficacemente i reati prodromici e connessi alla pedofilia, soprattutto per la loro natura di azione di plagio delle menti affinché vi sia una accettazione delle pratiche sessuali nei confronti di minori. Addirittura alcuni di questi siti, camuffati da denominazioni legate a personaggi dei fumetti o correlati agli interessi dei più piccoli, arrivano a rivolgersi direttamente con lettere aperte ai minorenni al fine di “sensibilizzarli” rispetto a questo tema».

A conferma della condivisa preoccupazione per il fenomeno, può citarsi anche la proposta di legge «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per la lotta contro la pedofilia e lo sfruttamento sessuale dei minori, nonché per la tutela dei minori nei procedimenti penali» presentata il 19 settembre 2008 ad iniziativa dell’on.

Walter Veltroni (PD) e confermata dai colleghi di partito onn. Antonello Soro, Lanfranco Tenaglia, Marina Sereni, Donatella Ferranti, Maria Samperi, e Andrea Martella (che ha aggiunto la propria firma in data 30 ottobre 2008⁴²⁷).

Questa proposta di legge muove dalla constatazione che nonostante l'adozione della Legge 269/1998 e della Legge 38/2006 e l'introduzione di norme volte a garantire una tutela più pregnante alla dignità e alla stessa integrità psico-fisica dei minori, «dal 1998 ad oggi, sono emerse esigenze ulteriori, di cui il Parlamento deve farsi carico, per proteggere davvero i bambini, non solo dal crimine, ma anche dall'impatto – spesso traumatico – con il processo penale».

Per quanto riguarda il diritto penale sostanziale, viene proposta l'introduzione del reato di adescamento di minori o incapaci (di cui, come visto, le fonti internazionali e comunitarie chiedono la penalizzazione), con la seguente formulazione: «Art. 609-*undecies*. Chiunque, allo scopo di abusare o di sfruttare sessualmente un minore di anni sedici o un incapace, ovvero di indurlo a partecipare a esibizioni pornografiche o di coinvolgerlo in attività di prostituzione o nella produzione del materiale di cui all'articolo 600-*ter*, primo comma, intrattiene con lui, anche attraverso l'utilizzazione della rete *internet* o di altri mezzi di comunicazione, una relazione tale da ottenere la promessa di incontri da parte del minore, ingannarlo o comunque abusare della sua fiducia, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni».

Altro profilo di interesse è rappresentato dalla previsione dell'inescusabilità dell'errore sull'età della vittima, salvo che si tratti di errore inevitabile, in relazione ai delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 601 e 602 c.p. commessi in danno di minori degli anni sedici.

Per quanto riguarda il diritto penale processuale, sono proposte una serie di modifiche al codice di rito finalizzate a rendere più efficace il contrasto allo sfruttamento e all'abuso dei minori anche sul terreno delle misure cautelari o pre-cautelari, nonché a tutelare il minore in sede processuale, al fine di evitare che il processo si risolva per la vittima in un'ulteriore trauma.

De iure condendo, con specifico riferimento ai *cybercrime* a sfondo sessuale, è auspicabile, che, data la centralità del *medium* Internet anche ai fini della comprensione dei fenomeni di pedofilia e pedopornografia realizzati per via telematica, della loro

⁴²⁷ Atto della Camera n. 1672, XVI Legislatura, accessibile all'indirizzo http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0011370.

prevenzione e repressione, il legislatore approfondisca la conoscenza, anche tecnica, della realtà virtuale, onde poter realmente contrastare in modo efficace le attività illecite che sulla Rete si sviluppano e si diffondono in modo esponenziale, e poter così giocare ad armi pari con quella criminalità organizzata transazionale che tali attività gestisce anche sfruttando le potenzialità delle nuove tecnologie.

4 Le singole fattispecie incriminatrici

Si intende soffermarsi nel prosieguo sull'analisi delle principali questioni interpretative e profili problematici relative alle singole fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., con particolare riferimento a quelle attinenti il illecito penale, Internet e nuove tecnologie.

I *cybercrime* in commento rientrano nella categoria di reati definiti dalla Convenzione di Budapest “*related-content offences*” (art. 9), fattispecie in cui l'utilizzazione dello strumento informatico o telematico rappresenta solo una delle possibili modalità di aggressione del bene protetto e che si caratterizzano per l'illiceità del contenuto della comunicazione.

Vi sono fattispecie in cui la modalità di aggressione per via telematica è espressamente tipizzata (si pensi al comma 3 dell'art. 600-*ter* c.p.), e fattispecie che invece, pur a prescindere da un espresso riferimento nel dettato legislativo, sono suscettibili di essere realizzate per via telematica o mediante ricorso a strumenti informatici (per la prostituzione minorile, ciò è avvenuto in virtù dell'opera interpretativa della giurisprudenza) o comunque che dalle nuove tecnologie risultano influenzate in modo determinante (si pensi all'art. 600-*quater*.1 c.p.).

4.1 Prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.): la prostituzione *on line*

L'art. 600-*bis*⁴²⁸ c.p. sanziona due fattispecie, ovvero l'induzione, il favoreggiamento o lo sfruttamento della prostituzione minorile (*i.e.* le tradizionali condotte del lenocinio e

⁴²⁸ Art. 600-*bis* (*Prostituzione minorile*) c.p.:

«Chiunque induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisce o sfrutta la prostituzione è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da 15.493 euro a 154.937 euro.

del prossenetismo) e il compimento di atti sessuali con un minore di età compresa fra i quattordici ed i diciotto anni in cambio di denaro o di altra utilità economica.

Quest'ultima fattispecie, in particolare, che prevede anche la punibilità del "cliente", rappresenta una novità politico-criminale della Legge 269/1998, operata anche al fine di attuare quanto previsto dal Programma d'azione contro lo sfruttamento sessuale dei bambini per fini commerciali elaborato dalla Conferenza di Stoccolma⁴²⁹.

In relazione al bene giuridico tutelato dall'art. 600-*bis* c.p. e alla diversa oggettività giuridica rispetto all'incriminazione della prostituzione di soggetti adulti, la giurisprudenza ha evidenziato come «Il delitto di cui all'art. 600-*bis* c.p., introdotto dall'art. 2 della l. 3 agosto 1998 n. 269, in adesione ai principi contenuti nella convenzione sui diritti del fanciullo, è diretto a proteggere l'integrità e la libertà fisica e psichica del minore ed ha pertanto natura autonoma, attesa la sua diversa oggettività giuridica rispetto ad analoghe fattispecie criminose in materia di prostituzione di soggetti adulti, contemplate nella l. 20 febbraio 1958 n. 75, la quale mira a tutelare soltanto il buon costume e la pubblica moralità; tale affermazione trova conferma anche

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa fra i quattordici ed i diciotto anni, in cambio di denaro o di altra utilità economica, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 5.164.

Nel caso in cui il fatto di cui al secondo comma sia commesso nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni sedici, si applica la pena della reclusione da due a cinque anni.

Se l'autore del fatto di cui al secondo comma è persona minore di anni diciotto si applica la pena della reclusione o della multa, ridotta da un terzo a due terzi».

⁴²⁹ In merito al concetto di "prostituzione minorile", la dottrina maggioritaria ritiene che i requisiti essenziali della fattispecie siano rappresentati dall'abitudine delle prestazioni sessuali, dall'indiscriminatezza dei destinatari delle prestazioni medesime e dalla presenza di un fine di lucro (cfr. per tutti, PIOLETTI G., voce "Prostituzione", in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 271 ss.). Tuttavia, a seguito dell'approvazione della Legge 269/1998, si è fatta strada un'opinione dottrinale secondo cui, al contrario, il delitto di prostituzione minorile di cui all'art. 600-*bis* c.p., da un lato, andrebbe ricondotto alla categoria dei reati eventualmente abituali, risultando sufficiente alla sua perfezione il compimento del primo atto di prostituzione (e non necessaria la reiterazione, che, allorché si verifici, dà in ogni caso luogo ad un solo reato), e, dall'altro lato, dovrebbe ritenersi svincolato dall'elemento della finalità lucrativa (in tal senso, MUSACCHIO V., *Sul concetto di prostituzione nella nuova normativa penale contro lo sfruttamento sessuale dei minori*, in *Giur. merito*, 1999, 941 ss.; SANTORO V., *Norme antipedofilia. Nasce il delitto di prostituzione minorile*, in *Guida dir.*, 1998, 33, 44 ss.). Tale interpretazione estensiva, seppur minoritaria, sembra meglio aderire all'obiettivo della Legge 269/1998 di rigorosa repressione dello sfruttamento sessuale dei minori, il cui disvalore (e danno allo sviluppo psico-fisico del minore) si coglie ed anzi è palese anche nella prima singola offesa alla dimensione sessuale della libertà e personalità individuale del minore, a prescindere da una reiterazione della prestazione sessuale o dalla presenza dell'elemento ulteriore del mercimonio. In relazione alla condotta di sfruttamento, deve inoltre osservarsi che, secondo la dottrina prevalente, è possibile parlare di sfruttamento del minore anche in capo al fruitore materiale della prestazione sessuale oltre che in capo al soggetto che percepisce il pagamento della prestazione medesima, ritenendosi fondamentale reprimere anche la condotta del cliente, che rappresenta l'ultimo anello della catena che vede in minore vittima di un turpe commercio (CADOPPI A., VENEZIANI P., *Commento all'art. 600-*bis* c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 106 ss.).

nell'intervenuta abrogazione dell'aggravante prevista dall'art. 4 n. 2 della suddetta legge per i fatti commessi in danno di minori»⁴³⁰. Nell'ambito della Legge 269/1998, infatti, il fine precipuo del legislatore è quello di contrastare il turpe mercato dell'infanzia, che vede i minori degradati a merci da utilizzare a fronte del pagamento di un prezzo prestabilito.

Si noti peraltro che il legislatore del 1998 fornisce – seppur in modo implicito, attraverso il comma 2 dell'art. 600-*bis* c.p. – una definizione di “prostituzione” come il compimento di atti sessuali in cambio di denaro o altra utilità economica, definizione del tutto assente invece nella Legge 75/1958.

In relazione alla condotta di prostituzione, ai fini di questo studio, si tratta di valutare se i mezzi telematici, intesi in senso lato, possano divenire strumento per la realizzazione della prima fattispecie prevista dell'art. 600-*bis* c.p., che si articola nelle tre diverse condotte alternative (peraltro già previste dalla Legge 75/1958) di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione del minore.

Un recente indirizzo giurisprudenziale ritiene integrati gli estremi del delitto di prostituzione minorile anche nel caso di realizzazione in via telematica della prestazione sessuale, ed in particolare quando la prestazione sessuale sia resa a distanza mediante *webcam*.

La Suprema Corte, infatti, dando rilievo a istanze socialdifensive e generalpreventive, ha affermato che non è necessario ai fini dell'integrazione del reato in esame che sussista il contatto fisico tra i soggetti della prestazione, posto che il disvalore della fattispecie si incentra sulla finalizzazione dell'atto sessuale alla soddisfazione dell'istinto libidinoso del destinatario, soddisfazione che prescinde dall'elemento della fisicità⁴³¹.

⁴³⁰ Cassazione penale, sez. III, 5 marzo 2003, n. 18854, in *Cass. pen.*, 2004, 2872. Cfr. inoltre, Cassazione penale, sez. III, 20 marzo 2002, n. 17717, in *Cass. pen.*, 2003, 1562.

⁴³¹ Cassazione penale, sez. III, 8 giugno 2004, n. 25464, in *Dir. giust.*, 2004, 27. V. inoltre, in relazione alle fattispecie di cui alla Legge 75/1958: Cassazione penale, SS.UU., 3 maggio 2006, n. 346, in *Dir. Internet*, 2006, 481, con commento di DE PONTI R., *La prostituzione on line: un concetto controverso*, 482 ss.; Cassazione penale, sez. III, 3 giugno 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 3493; Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2004, 3577, con nota di BORGOGNO R., *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, 3581 ss.: «L'elemento che caratterizza l'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che lo ha chiesto ed è destinatario della prestazione. Per l'esistenza delle condotte vietate dalla l. n. 75 del 1958, quindi, è irrilevante il fatto che chi si prostituisce e il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite Internet, in

In particolare, secondo il riferito orientamento, la nozione stessa di “prostituzione”⁴³² verrebbe a ricomprendere anche gli atti di erotismo effettuati su se stessi (o su terzi) su richiesta del cliente che paga per ciò un compenso al fine di soddisfare la propria libidine, senza che vi sia alcun contatto fisico tra il cliente ed il soggetto che effettua la prestazione sessuale ma un mero rapporto di contiguità, poiché – lo si ribadisce – che l’elemento caratterizzante l’atto di prostituzione è rappresentato «dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione»⁴³³.

Ciò detto, la nozione di “prostituzione” deve intendersi come estesa a ricomprendere anche la c.d. “prostituzione *on line*”, posto che l’offensività della condotta perseguita e pertanto la necessità di reprimerla permangono anche nel caso prestazione sessuale resa attraverso Internet permane: la prestazione sessuale che nel mondo “reale” è penalmente illecita deve coerentemente esserlo anche nel mondo virtuale, ovvero nel *cyberspace*⁴³⁴.

Più precisamente, secondo la giurisprudenza di legittimità, se si accoglie la nozione ampio di “prostituzione” sopra delinea, «si palesa irrilevante il fatto che chi si prostituisce e il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite internet, in videoconferenza, che consente all’utente della prestazione, non diversamente da quanto potrebbe verificarsi nell’ipotesi di contemporanea presenza nello stesso luogo, di interagire con chi si prostituisce, in modo da poter chiedere a questi il compimento di atti sessuali determinati, che vengono effettivamente eseguiti e immediatamente percepiti da colui che ordina la prestazione

videoconferenza, che consente all’utente di interagire con il minore, in modo da potergli chiedere il compimento di atti sessuali determinati».

⁴³² Nella citata pronuncia del 8 giugno 2004, n. 25464, la Suprema Corte spiega come «la prostituzione, anche se non risulta definita legislativamente, corrisponde ad un “tipo” normativo, che è stato delineato dalla giurisprudenza di questa Corte e non può essere, perciò, individuata in base a criteri di valutazione meramente sociale o culturale. Orbene, l’interpretazione giurisprudenziale non ha mai identificato la nozione di atto di prostituzione con quella della congiunzione carnale, con qualsiasi modalità avvenga, ovvero del compimento di atti di libidine, secondo la distinzione che ha preceduto la novella di cui alla legge 66/1996, dietro pagamento di un corrispettivo, bensì con quella molto più ampia di prestazione sessuale a pagamento. È stato, infatti, in varie occasioni affermato da questa Corte che “prostituzione significa commercio di prestazioni di natura sessuale, caratterizzato dall’elemento retributivo, ed essa non viene meno qualora la donna si conceda ad una categoria di persone aventi determinati requisiti giacché, nel verificarsi della condizione di appartenenza a tale categoria ella è disposta a concedersi a chiunque vi appartenga”».

⁴³³ Così la Corte di Cassazione nella citata sentenza del 8 giugno 2004, n. 25464.

⁴³⁴ NATALINI A., *Quando la prostituzione è on-line. L’affermazione del principio di legalità. Necessaria più che mai una definizione normativa*, in *Dir. giust.*, 2004, 25, 18 ss.

sessuale a pagamento»⁴³⁵. La Suprema Corte precisa inoltre che non risulta invece integrato il delitto di prostituzione nel caso in cui l'utente di un sito *web* fruisca attraverso il sito solo di immagini preregistrate che rappresentano soggetti adulti, salvo che il collegamento al sito non costituisca il tramite per una successiva e diversa attività di favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione.

Per quanto riguarda la dottrina, la questione dell'ammissibilità della prostituzione *on line* è controversa.

Secondo Alcuni, analogamente a quanto emerge dall'illustrato orientamento della giurisprudenza di legittimità, sarebbe sufficiente ai fini della sussistenza del delitto di prostituzione minorile l'accertamento di un rapporto di contiguità tra cliente e vittima, pur se questo non sfoci in un contatto fisico in senso stretto tra le parti⁴³⁶.

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'estensione della nozione di prostituzione alla c.d. "prostituzione *on line*" comporterebbe una «distorsione interpretativa dell'archetipo normativo»⁴³⁷. Autorevole dottrina ha evidenziato, in particolare, come con una tale scelta rischierebbe di realizzare un'interpretazione analogica non consentita e che pertanto sarebbe necessario rimanere ancorati alla nozione di "prostituzione" delineata dalla Legge 75/1958 che implica la consumazione del rapporto sessuale: «In realtà, questa presa di posizione si preoccupa di adeguare il concetto classico di prostituzione all'evolversi degli strumenti della tecnica, facendola incentrare sull'effetto erotico e di godimento sessuale che l'atto sessuale della minorenne, sebbene a distanza, produce sul fruitore-pagatore. E pur tuttavia, non si può non rilevare come in assenza di contatto fisico, anche non diretto fra i corpi, per un verso si rischia di ragionare in termini di analogia non consentita e per altro verso si tende a ricondurre nell'ambito

⁴³⁵ Così la Corte di Cassazione nella citata sentenza del 8 giugno 2004, n. 25464.

⁴³⁶ Cfr. per tale opinione, MARANI S., *I 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, 303, il quale ribadisce come «qualsiasi atto sessuale realizzato dietro il pagamento di un corrispettivo, essendo finalizzato al soddisfacimento della libidine sessuale di chi guarda, sia in grado di configurare l'ipotesi criminosa» di cui all'art. 600-*bis* c.p.

⁴³⁷ Così ZAINA C.A., *Prostituzione virtuale: sfruttamento è configurabile anche senza il contatto fisico. Commento a Cassazione penale, sez. III, 21 marzo 2006, n. 346*, accessibile all'indirizzo <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34117>. V. inoltre MARANI S., *Nuovi orientamenti in materia di prostituzione virtuale. Commento a Cassazione penale, sez. III, 21 marzo 2006, n. 346*, accessibile all'indirizzo <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34993&idstr=303>.

della prostituzione una attività di tipo essenzialmente rappresentativo, che presenta i connotati del concetto di pornografia, anche se idonea a procurare piacere sessuale»⁴³⁸.

Secondo una diversa opinione dottrinale, invece, se potrebbe sostenersi l'integrazione del reato di prostituzione anche in assenza di un rapporto sessuale, ciò tuttavia sarebbe predicabile solo in relazione ai casi in cui tale rapporto non sia consumato per scelta del cliente, potendo questi decidere diversamente di consumarlo in ogni momento, e non invece quando la consumazione del rapporto sessuale in senso "fisico" sia impossibile perché le parti si trovano in luoghi differenti (come avviene via Internet); in tale seconda ipotesi, infatti, si dovrebbe piuttosto ricondurre la fattispecie concreta nell'ambito degli spettacoli osceni di cui all'art. 528 c.p., non essendovi alcuna possibile interazione tra il cliente e chi si esibisce⁴³⁹. A queste argomentazioni, tuttavia, è facile obiettare che, nella fattispecie degli spettacoli osceni, il fruitore della pubblicazione o rappresentazione pornografica resta solo spettatore passivo e difetta inoltre il carattere di soggezione e di mercimonio della libertà e della dignità della persona umana, nonché l'elemento della dazione indiscriminata a fini di lucro del proprio copro che caratterizza la prostituzione e si riscontra anche nel caso di atti autoerotici realizzati su richiesta del cliente⁴⁴⁰.

Sul punto, riteniamo di dover aderire all'orientamento della giurisprudenza e a quell'opinione dottrinale che ritengono configurabile la fattispecie della prostituzione *on line*, posto che l'effettuazione di atti di autoerotismo da parte di un soggetto che si sottopone agli ordini impartiti via *web* da parte di un cliente ha in sé quell'offensività propria del concetto di prostituzione e deve pertanto essere penalmente perseguita come tale. Anche la mera lettura delle descrizioni di alcuni fatti che si verificano nella realtà virtuale e riempiono le pagine di cronaca depone a favore di tale soluzione: sono sempre più frequenti, ad esempio, le condotte telematiche dirette ad istigare od a persuadere soggetti minori a prostituirsi, anche senza violenze, realizzate tramite l'adescamento e lo scambio di messaggi in Rete (ferma restando la possibile finalizzazione di tali condotte di induzione alla prostituzione alla realizzazione di altri delitti, come quelli in

⁴³⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 138.

⁴³⁹ BORGOGNO R., *La prostituzione «a distanza» in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, nota a Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2005, 3497 ss.

⁴⁴⁰ DE PONTI R., *La prostituzione on line: un concetto controverso*, nota a Cassazione penale, SS.UU., 3 maggio 2006, n. 236, in *Dir. Internet*, 2006, 482 ss. e quivi 484.

materia di pornografia minorile), condotte che nascono “virtuali” ma che poi spesso si trasferiscono nel “mondo reale”.

Per quanto riguarda, invece, la diversa realtà delle attività delle *chat line* erotiche e delle ballerine di danze erotiche, la dottrina ne ha indivisibilmente esclusa la riconducibilità nell’ambito del concetto di prostituzione, nel primo caso poiché l’attività puramente vocale delle intrattenitrici non integra il necessario coinvolgimento delle zone erogene, nel secondo in quanto difetta l’elemento dell’interazione e della possibilità per chi assiste di determinare la prestazione⁴⁴¹.

Infine, in relazione all’attività prestata dagli *internet service provider*, pare di doversi ritenere che l’attività di fornitura della connessione ad Internet ed al sito *web* che consente i contatti tra il cliente ed il soggetto che si prostituisce non potrebbe qualificarsi come sfruttamento della prostituzione, sempreché il corrispettivo ricevuto per la fornitura della connettività non risulti sproporzionato in relazione in relazione al servizio reso⁴⁴²; se, infatti, l’*internet service provider* fornisce la connessione ad un prezzo maggiorato rispetto a quello di mercato proprio in ragione del “particolare” servizio reso al cliente, tale comportamento è suscettibile integrare la condotta di sfruttamento della prostituzione⁴⁴³.

4.2 Pornografia minorile (art. 600-ter c.p.). In particolare, la divulgazione e la cessione per via telematica di materiale pedopornografico

L’art. 600-ter c. p.⁴⁴⁴ è dedicato alla pornografia minorile.

⁴⁴¹ ZAINA C.A., *Prostituzione virtuale: sfruttamento è configurabile anche senza il contatto fisico. Commento a Cassazione penale, sez. III, 21 marzo 2006, n. 346*, accessibile all’indirizzo <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34117>.

⁴⁴² Cfr. in tal senso, Cassazione penale, sez. III, 11 novembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 227: «Tra i modi di trarre profitto dall’altrui prostituzione va inclusa la percezione di denaro o di altra utilità che rappresenti effettiva partecipazione ai proventi dell’attività della prostituta, ma perché sia configurabile il reato di sfruttamento è necessario che la suddetta percezione sia svincolata da qualsiasi forma di corrispettività».

⁴⁴³ Sul punto, v. *infra*, sub Cap. IV.

⁴⁴⁴ Art. 600-ter (*Pornografia minorile*) c.p.:

«Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 25.822 a euro 258.228.

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

4.2.1 La nozione di “pornografia minorile”

La dottrina ha evidenziato come Legge 269/1998 che ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico il concetto di “pornografia minorile” non ne fornisce tuttavia una definizione normativa.

In merito, deve rilevarsi che, sia nella relazione al disegno di legge, sia nel corso dei lavori preparatori, si è dato atto delle gravi difficoltà riscontrate nell’individuare nel diritto penale una nozione astratta ma precisa di pornografia, anche per la sua intrinseca connessione con il concetto di osceno (che, in base all’art. 529 c.p., sta ad indicare ciò che secondo il comune sentimento offende il pudore, categoria quest’ultima in ogni caso extragiuridica), prescindendo dal contesto e dal profilo concreto dei comportamenti di volta in volta realizzati.

In ogni caso, se il legislatore avesse previsto una definizione chiara e precisa di “pornografia”, avrebbe mostrato di adottare una tecnica legislativa maggiormente conforme al principio di determinatezza quale corollario del principio di legalità, evitando di esporre la norma in commento – considerata la vaghezza del concetto di “pornografia” – a censure di illegittimità costituzionale, salvo il ricorso ad una interpretazione «ortopedica»⁴⁴⁵ restrittiva; è stata senza dubbio un’occasione persa sia per il legislatore del 1998 sia per quello della novella del 2006.

Al fine di fornire agli operatori del diritto i necessari strumenti ermeneutici per l’applicazione della fattispecie incriminatrice di cui all’art. 600-ter c.p., dottrina e giurisprudenza hanno dovuto ricercare, anche alla luce di alcune definizioni contenute negli atti internazionali⁴⁴⁶, il significato da attribuire al termine “pornografia minorile”,

sessuale di minori degli anni di-ciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 2.582 euro a 51.645 euro.

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.

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».

⁴⁴⁵ L’espressione si rinviene in CADOPPI A., *Commento all’art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 121 ss. e quivi 171.

⁴⁴⁶ Il riferimento è anzitutto alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e alla Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma, richiamate espressamente nella sorta di preambolo di cui all’art. 1 della Legge 269/1998. L’art. 34 della Convenzione del 1989 impegna gli Stati aderenti a proteggere i minori «da tutte le forme di sfruttamento sessuale o abuso sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire: a) che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi a una attività sessuale illegale; b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di

muovendo dai dati di carattere culturale e sociale e tenendo conto inoltre dei rapporti con le diverse nozioni di “prostituzione” e “oscenità” già presenti nel nostro ordinamento⁴⁴⁷.

In tale ricerca, nel tentativo di fornire una nozione oggettiva e sufficientemente tassativa, di “pornografia minorile”, la dottrina è ricorsa prevalentemente al metodo definitorio oggettivo, che si incentra sul contenuto della rappresentazione, anziché a quello soggettivo, che fa riferimento invece all’impatto che la rappresentazione ha su chi vi viene in contatto e si richiama al più incerto concetto di “comune tollerabilità”⁴⁴⁸.

Un esempio di applicazione del metodo definitorio soggettivo in relazione alla nozione di “pornografia” è presente all’interno dello schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale del 1992 (c.d. “bozza Pagliaro”)⁴⁴⁹; secondo la

prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali; c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico». Il Programma d’azione contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali allegato alla Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma del 1996 che chiedeva agli Stati di «[...] elaborare o potenziare e applicare le leggi nazionali per stabilire la responsabilità penale di chi beneficia del servizio, dei clienti e degli intermediari coinvolti nella prostituzione e nel traffico dei bambini, nella pornografia infantile, compreso il possesso di materiale pornografico infantile e tutte le altre attività sessuali illegali [...]» (Paragrafo 4). A tali definizioni, si è aggiunta quella contenuta nell’art. 1 della Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia minorile, le cui linee-guida la Legge 269/1998 ha inteso recepire nel nostro ordinamento; la Decisione quadro si riferisce al «materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente: i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l’esibizione lasciva dei genitali o dell’area pubica; o ii) una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto i); o iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta». Inoltre, deve essere ricordata anche la Convenzione di Budapest, che, all’art. 9, contiene una espressa definizione di “pornografia infantile” come «materiale pornografico che raffigura: a) un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; b) un soggetto che sembra un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; c) immagini raffiguranti un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito». Nell’ambito dei lavori preparatori, erano state esaminate e poi abbandonate anche altre due formule definitorie ricavate da due atti internazionali: quella del relatore speciale della Commissione per i diritti dell’uomo sulla tratta dei minori e sulla prostituzione e la pornografia minorile («qualunque rappresentazione visiva o uditiva di un minore finalizzata alla gratificazione sessuale dell’utente») e quella del Consiglio d’Europa nel 1989 («qualsiasi materiale audio o visivo che utilizzi bambini in un contesto sessuale»). Per un’analisi comparatistica della disciplina della pornografia minorile, v. MUSACCHIO V., *Profili di diritto penale comparato sul fenomeno della pornografia minorile*, in *Riv. pen.*, 2002, 863 ss.

⁴⁴⁷ PISTORELLI L., *Pornografia minorile*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI D. – MARINUCCI G. (a cura di), Milano, 2006, 4156 ss.; MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 244. Cfr. inoltre MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 452, il quale sottolinea inoltre come la norma incriminatrice in commento costituisca un grave esempio «mala tecnica legislativa», in quanto la rubrica della norma pecca di improprietà tecnico-legislativa posto che la locuzione “pornografia minorile” sarebbe corretta se ad essere incriminata fosse tale pornografia, e non, invece, le attività degli sfruttatori, e degli altri autori delle condotte qualificate come penalmente illecite dalla disposizione.

⁴⁴⁸ MARTINI A., *Commento alla legge 3 agosto 1998, n. 269*, in *Leg. pen.*, 1999, 53 ss. e quivi 77.

⁴⁴⁹ V. l’art. 74, comma 2, dello Schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale elaborato dalla Commissione Pagliaro, in *Doc. giust.*, 1992, 305 ss.

definizione ivi elaborata, cui ha aderito anche parte della dottrina⁴⁵⁰, dovrebbe farsi riferimento «ad ogni oggetto od ad ogni spettacolo o parte di esso consistente essenzialmente in manifestazioni o sollecitazioni dell'istinto sessuale espresso con la riproduzione, con la rappresentazione o con l'esibizione di organi genitali».

La dottrina prevalente, pur riconoscendo che la definizione proposta ha il pregio di essere concreta e limitativa, tuttavia, ha evidenziato come essa non colga in realtà la caratteristica sostanziale della rappresentazione pornografica, limitandosi ad un riferimento alle sole cose rappresentate⁴⁵¹.

Secondo l'opinione dottrinale maggiormente condivisa, pertanto, risulta preferibile sposare il metodo definitivo oggettivo, che peraltro pare più consono allo spirito della Legge 269/1998 ed all'esigenza di tutela delle piccole vittime.

Applicando dunque il tale diverso metodo, la dottrina afferma che per “pornografia” deve intendersi «il compimento di atti sessuali, femminili o maschili, eterosessuali e omosessuali, aventi finalisticamente come destinatari uno o più soggetti, che ne fruiscono attraverso non la partecipazione fisica ad essi, ma la visione o audizione diretta (dal vivo) o indiretta (tramite trasmissioni visive o foniche) degli stessi»⁴⁵², e che pertanto è richiesto che «la realizzazione di atti sessuali da parte del minore o sul minore» e che l'atto sessuale coinvolga una zona *latu sensu* genitale oppure anale del minore o di altro soggetto⁴⁵³.

Attraverso questa definizione, si cerca di recuperare tassatività ad una locuzione che risulterebbe altrimenti indeterminata e suscettibile – alla stregua di quella di “osceno” – di suscitare insuperabili contrasti interpretativi⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009, 181.

⁴⁵¹ HELFER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 118.

⁴⁵² MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 422. L'Autore afferma inoltre che i rapporti tra “pornografia” e “prostituzione” sarebbero rappresentabili come «due cerchi intersecantisi», mentre quelli tra “pornografia” e “oscenità” sarebbero «concentrici», in quanto la pornografia sarebbe sempre oscena. In senso diverso, CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 128, il quale invece ritiene che non sussista alcun rapporto di continenza tra il concetto di “osceno” e quello di “pornografico”, essendo quest'ultimo connesso allo sfruttamento sessuale dei minori e pertanto non utilmente comparabile al primo, che si situa nella diversa prospettiva della moralità pubblica e del concetto di buon costume.

⁴⁵³ CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 128 e 132.

⁴⁵⁴ Per alcune osservazioni in merito, cfr. HELFER M., *Davvero indeterminato il concetto di pornografia, specie minorile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 622 ss. e spec. 626 ss.

Alla luce nozione di pornografia come sopra definita, le esibizioni ed il materiale prodotto attraverso lo sfruttamento sessuale dei minori sono qualificati “pornografici” solo nei casi in cui vi sia violazione dell’inviolabilità sessuale del minore a danno dello sviluppo della sua intera personalità.

La dottrina maggioritaria argomenta che l’illustrata interpretazione discende dalla necessità di recuperare tassatività ad una norma che altrimenti – a fronte della rinuncia del legislatore a fornire una definizione normativa di “pornografia infantile” – risulterebbe indeterminata, dal fatto che le condotte previste dall’art. 600-ter c.p. sono punite con pene estremamente severe giustificabili solo in presenza di delitti gravissimi, dall’impiego semantico della parola “pornografia” che evoca almeno il compimento di atti sessuali e, infine, dal dato sistematico (le norme in tema di pornografia fanno da *pendants* a quelle in tema di prostituzione, e l’art. 600-bis c.p., come visto, ha limitato il concetto di “prostituzione” al compimento di atti sessuale da parte del minore)⁴⁵⁵.

Altra questione di interesse in relazione alla definizione dell’ambito del concetto di “pornografia minorile” è rappresentata dalla modifica ad opera della Legge 36/1998 del testo originario del comma 1 dell’art. 600-ter c.p. che puniva «Chiunque sfrutta minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico» e che ora punisce invece «Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografie o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche».

La novella del 2006, mediante la suddetta riformulazione, ha reso sufficiente ai fini dell’integrazione del reato il semplice “utilizzo” di minori, anziché lo “sfruttamento” in precedenza richiesto; si tratta di una modifica che si riflette anche sulle successive disposizioni che fanno espresso riferimento al material pornografico di cui al comma 1 dell’art. 600-ter c.p.

La modifica in esame pare in realtà non aver spostato nella sostanza i termini della questione, tanto più che, anche nel vigore della disciplina previgente, la Suprema Corte aveva evidenziato che lo sfruttamento sessuale di minori di cui all’art. 600-ter c.p. si

⁴⁵⁵ CADOPPI A., *Commento all’art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 128 ss.

aveva con la sola realizzazione della condotta descritta dalla norma senza che fosse necessaria la presenza del connotato economico del fine di lucro⁴⁵⁶.

Vi è da dire, tuttavia, che il venir meno del riferimento ad una precisa strumentalizzazione del minore per la creazione e produzione di materiale pedopornografico ha inciso sul profilo soggettivo del reato, in quanto, a seguito della modifica, non è più possibile per l'imputato difendersi – come spesso si era riscontrato nella prassi – sostenendo di non aver avuto consapevolezza dello sfruttamento del minore, nemmeno in casi come quello di realizzazione di fotografie a pose erotiche scattate tra fidanzati⁴⁵⁷.

Parte della dottrina ha posto inoltre l'accento sulla finalità del riferimento al requisito prodromico dello sfruttamento sessuale (ora "utilizzo") dei minori di delimitazione dell'accezione di "materiale pornografico": tale pre-requisito sarebbe stato previsto con l'intento ultimo di escludere dall'ambito del penalmente illecito la condotta di chi, ad esempio, compia su Internet l'*upload* di un *album* di famiglia in cui un figlio minore è ritratto senza indumenti⁴⁵⁸.

Per quanto concerne la giurisprudenza, la Suprema Corte ha statuito che «La natura pornografica della rappresentazione di minori, in pose che se lasciano scoperti integralmente o parzialmente gli organi sessuali, al fine di distinguerla dal materiale di natura diversa (pubblicazioni pubblicitarie, *reportages* giornalistici), deve essere individuata in base all'accertamento della destinazione della rappresentazione ad eccitare la sessualità altrui e dalla idoneità a detto scopo. Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter c.p., quindi, è rilevante la valutazione della natura erotica

⁴⁵⁶ In dottrina, PISTORELLI L., *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 45 ss. In giurisprudenza, Cassazione penale, SS.UU., 31 maggio 2000, n. 13, in *Guida dir.*, 2000, 27, 51, con nota di BRICCHETTI R., *Per integrare il delitto di sfruttamento non è necessaria la finalità lucrativa*, 51 ss. *Contra*, in dottrina, DI GIOVINE O., *sub artt. 600-ter c.p.*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Milano, 2007, 3609 ss.; CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 171-172, il quale, al fine di evitare che la norma di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p. vada incontro a censure di illegittimità costituzionale, reputa necessario il fine lucrativo anche nella nuova formulazione, e ritiene inoltre che si debba dare rilievo scriminante, se non addirittura escludente la tipicità, al consenso del minore, eccezion fatta nel caso di in cui la vittima sia un minore infraquattordicenne.

⁴⁵⁷ Così, CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 41.

⁴⁵⁸ ZENO ZENCOVICH V., *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, relazione al convegno "Pedofilia e Internet: vecchio ossessioni e nuove crociate", Roma, 27 ottobre 1998, in *Pol. dir.*, 1998, 637 ss.

delle pose e dei movimenti del minore»⁴⁵⁹. Il concetto di “pornografia minorile” si distinguerebbe pertanto da quello di “osceno” – nozione da taluni ritenuta interscambiabile o comunque appartenente alla medesima “famiglia concettuale”⁴⁶⁰ – in quanto più ristretto, ovverosia riferito ai soli materiali sessualmente espliciti e manifesti, idonei ad indurre eccitazione, e che offendono il bene giuridico rappresentato dalla libertà e dallo sviluppo fisico, psicologico, spirituale morale e sociale dei minori, mentre quelli osceni (di cui all’art. 528 c.p.) consisterebbero in materiali «rivoltanti e lesivi del buon costume e della moralità pubblica»⁴⁶¹.

La giurisprudenza di legittimità sembra propendere dunque per una nozione soggettiva di “pornografia minorile”.

In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità ha adottato un’interpretazione estensiva – a prescindere da riferimenti al diritto comunitario⁴⁶² – della nozione di “pornografia”, ribadendo che si tratta di un elemento elastico della fattispecie, definito attraverso un concetto normativo extragiuridico, suscettibile di assumere un significato anche in relazione al contesto in cui un determinato comportamento viene tenuto, ed ha pertanto invitato i giudici di merito a prendere posizione in relazione al significato da riconoscere a tale concetto, adeguatamente motivando le proprie decisioni⁴⁶³.

Altre due annotazioni.

⁴⁵⁹ Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2004, 3577, con nota di CATULLO F., *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, 3581 ss. e con nota di MARRA G., *Pornografia minorile: contenuti e limiti di una definizione*, in *Cass. pen.*, 2005, 3872 ss.

⁴⁶⁰ CADOPPI A., *Commento all’art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 126.

⁴⁶¹ HELFER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 110.

⁴⁶² L’interpretazione del concetto di “pornografia” avrebbe potuto doversi conformare alla definizione contenuta nella Decisione quadro 2004/68/GAI, qualora le decisioni quadro – come affermato dalla recente sentenza Pupino – dovessero ritenersi vincolanti per l’interpretazione del diritto interno. Tuttavia, in dottrina, si ritiene che le decisioni quadro non possano in nessun caso portare ad un’interpretazione non consentita dal diritto interno e che comunque un’interpretazione secondo decisione quadro sarebbe possibile limitatamente al caso in cui risultasse *pro reo*. Conseguentemente, si afferma che, se si aderisce all’interpretazione oggettiva del concetto di “pornografia” sopra illustrata, essendo questa più restrittiva di quella risultante nella definizione contenuta nella Decisione quadro 2004/68/GAI e quindi più favorevole al reo, l’interpretazione del diritto interno non sarebbe tenuta ad allinearsi alla definizione di cui alla decisione quadro (in tal senso, MANES V., *L’incidenza delle “decisioni quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; *contra*, VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1437 ss. e quivi 1439, nota 25, il quale ritiene invece che si debba necessariamente adottare l’interpretazione estensiva proposta dalla decisione quadro).

⁴⁶³ Cassazione penale, sez. III, 3 dicembre 2001, n. 5397, in *Riv. pen.*, 2002, 333 ss.

Non si richiede che la rappresentazione, per essere qualificabile come “pedopornografica” sia tale da rendere volgare la scena ritratta, risultando sufficiente il coinvolgimento di minori a rendere pornografico un atto sessuale che non lo sarebbe se coinvolgesse soggetti adulti⁴⁶⁴.

Inoltre, si è escluso – per la rilevanza dell’interesse tutelato, non sacrificabile alla stregua della moralità pubblica e del buon costume – che lo sfruttamento sessuale dei minori possa in qualsiasi maniera considerarsi motivato e quindi giustificato da finalità artistiche o scientifiche, pur difettando nell’art. 600-ter c.p. una previsione analoga a quella di cui all’art. 529, comma 2, c.p. (che dispone che «Non si considera oscena l’opera d’arte o l’opera di scienza salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto»)⁴⁶⁵.

4.2.2 Divulgazione e cessione per via telematica di materiale pedopornografico

La norma mira a tutelare l’incolumità psico-fisica dei minori, mediante un’attività di contrasto della formazione e dell’offerta di materiale pedopornografico, nonché tutte le

⁴⁶⁴ In dottrina, cfr. per tutti, MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 422, nota 12: «il requisito della sessualità è essenziale per escludere dalla pornografia, ad es., non solo i film con semplici rappresentazioni di nudità (film al più erotici), ma anche la pubblicità (altro è il buon gusto) di indumenti con bambini nudi e, ancor più, le fotografie dei propri figlioletti nudi scattate dai genitori». In giurisprudenza, v. Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2004, 3577 ss. e in *Cass. pen.*, 2005, 3497 ss., con nota di BORGOGNO R., *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, 3581 ss.: «La valutazione del Tribunale del riesame, con la quale è stata esclusa la configurabilità del reato di cui all’articolo 600-ter c.p. in relazione alla possibile visione, tramite Internet, di minorenni in pose che “ritraggono la zona mammaria parzialmente occultata dalle mani e la zona pubica occultata da indumenti intimi che ne lasciano scoperta una parte” fondata sul rilievo che tale visione non rientra nella nozione dell’esibizione pornografica, si palesa riduttiva della fattispecie criminosa di cui si tratta. Osserva, infatti, la Corte che la natura pornografica della rappresentazione di minori, in pose che ne lasciano scoperti integralmente o parzialmente gli organi sessuali, al fine di distinguerla dal materiale di natura diversa (pubblicazioni pubblicitarie, reportage giornalistici), deve essere individuata in base all’accertamento della destinazione della rappresentazione ad eccitare la sessualità altrui e dalla sua idoneità a detto scopo, di talché si palesa rilevante, a tal fine, la valutazione della natura erotica delle pose assunte o dei movimenti che esegue il minore, in relazione ai quali, peraltro, la pubblica accusa rileva l’esistenza di una cassetta VHS, indipendentemente dalla entità delle parti corporee visibili. Orbene, tale valutazione si palesa sostanzialmente carente nella impugnata ordinanza». Cfr. inoltre, Tribunale di Perugia, 8 luglio 2003, accessibile all’indirizzo http://www.penale.it/giuris/meri_160.htm, pronuncia in cui – in un *obiter dictum* – si legge che «chi scrive reputa che una scena ritraente ragazzini nudi, sia pure se non impegnati in rapporti sessuali veri e propri, debba comunque meritare una qualificazione in termini di pornografia, in quanto radicalmente priva di connotazioni *lato sensu* erotiche. Non sarebbe pornografica solo un’immagine ricavata da un contesto ludico ed accessibile ad una cerchia determinata di persone, come quella di chi scatti la foto ad un figlio o ad un nipote che fa il bagno».

⁴⁶⁵ Sul punto, CADOPPI A., *Commento all’art. 600-ter I e II comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 134.

diverse fasi del mercato della pornografia minorile, incluse quelle prodromiche di divulgazione di notizie finalizzate all'adescamento di minori e di induzione alla partecipazione ad esibizioni pornografiche, con l'intento di colpire in modo indiretto lo sfruttamento sessuale e lo svilimento della dignità dei minori.

L'art. 600-ter c.p. sanziona penalmente le seguenti diverse condotte, indicate secondo un ordine gerarchicamente decrescente di gravità e di trattamento sanzionatorio: la realizzazione di esibizioni pornografiche e la produzione di materiale pedopornografico mediante l'utilizzo di minori, e l'induzione di minori a partecipare ad esibizioni pornografiche (comma 1)⁴⁶⁶; il commercio di materiale pedopornografico realizzato mediante l'utilizzo di minori (comma 2); la distribuzione, la divulgazione, diffusione o pubblicizzazione «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica» di materiale pedopornografico prodotto mediante l'utilizzo di minori, e la distribuzione o la divulgazione di notizie finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori (comma 3); l'offerta o la cessione, anche gratuita, di materiale pedopornografico prodotto mediante l'utilizzo di minori (comma 4).

La dottrina ha evidenziato come l'art. 600-ter c.p. raggruppa una serie di fattispecie accomunate dall'oggetto giuridico tutelato, che, tuttavia, presentano una struttura eterogenea ed altresì un diverso disvalore⁴⁶⁷, e che il legislatore, nell'intento di colpire l'intero e complesso circuito della produzione e del traffico di materiale pedopornografico senza lasciare alcun vuoto di tutela, ha adoperato una tecnica legislativa che risulta eccessivamente casistica e frammentaria, dando luogo fattispecie che rischiano di non essere rispettose del canone di determinatezza⁴⁶⁸.

La disposizione in esame non contempla evidentemente solo condotte informatiche⁴⁶⁹, tuttavia essa trova senza dubbio proprio in ambito informatico e telematico una diffusa e

⁴⁶⁶ In merito, v. Cassazione penale, sez. III, 20 novembre 2007, n. 1814, in *Cass. pen.*, 2008, 4167, con nota di LA ROSA M., *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, 4169 ss. La Suprema Corte, nella pronuncia in esame, ha statuito che «Il delitto previsto dall'art. 600-ter, comma 1, c.p. necessita per il perfezionamento della fattispecie che la condotta dell'agente abbia una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto. La norma mira ad impedire la visione del minore ad una cerchia indeterminata di pedofili e, di conseguenza, non configura ipotesi di reato la produzione pornografica destinata a restare nella sfera strettamente privata dello autore».

⁴⁶⁷ Cfr. per tutti, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 452-453.

⁴⁶⁸ PATALANO V., *Il ddl anti-pedofilia cerca il consenso, ma «chiede troppo» al diritto penale*, in *Guida dir.*, 1998, 27, 9 ss.

⁴⁶⁹ L'informatica e la telematica vengono in rilievo in vario modo nella disposizione in esame, ad esempio in relazione alla produzione di materiale pornografico reale, che consiste nell'incorporazione

importante applicazione, in particolare per quanto concerne le condotte di divulgazione in via telematica di materiale pedopornografico (comma 3), e di cessione in via telematica di materiale pedopornografico (comma 4).

Il comma 3 della norma in commento punisce «Chiunque, al di fuori delle ipotesi del primo e del secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma»⁴⁷⁰.

Per quanto concerne l'elemento oggettivo, deve anzitutto evidenziarsi che gli autori delle condotte menzionate devono essere soggetti diversi dai produttori e da coloro che fanno commercio di materiale realizzato con l'utilizzo di minori, ricadendosi altrimenti nelle fattispecie di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 600-ter c.p., e che le condotte medesime devono avere ad oggetto il materiale pornografico reale di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p., prodotto mediante la strumentalizzazione dei minori a scopo o senza scopo di lucro.

L'art. 600-ter, comma 3, c.p. esplicitamente prevede che le condotte in esso contemplate possono essere realizzate «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica».

dell'esibizione pornografica su supporto di vario genere, anche elettronico, al fine di consentirne la visione o l'audizione indirette (comma 1), o in relazione alla fattispecie di commercio di materiale pornografico realizzato utilizzando minori, che include anche le attività commerciali "smaterializzate" della diffusione del prodotto pedopornografico attraverso trasmissioni telematiche, oltre che telefoniche, visive, auditive, o radiotelevisive (comma 2).

⁴⁷⁰ In dottrina, v. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 459, che parla, in relazione alle fattispecie di distribuzione e divulgazione, di «aporie legislative», prodotto dello «stile conversevole» del legislatore. Si tratterebbe, secondo l'Autore, di fattispecie superflue (in quanto riconducibili, a seconda dei casi, alle condotte di produzione, commercio o mera cessione), che in concreto difficilmente possono avere spazio applicativo, e che peraltro, pur sanzionate con pena inferiore a quella prevista per la produzione ed il commercio, se interpretate in base al dato testuale generico – opinione che sembra prevalere in dottrina – hanno un disvalore eguale se non superiore a quest'ultime fattispecie. L'Autore ritiene superabili tali aporie, seppur con qualche «acrobazia ermeneutica», tramite il ricorso ad un'interpretazione sistematica che pare l'unica via per evitarne un'interpretazione abrogatrice. Le fattispecie alternative di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. dovrebbero essere così interpretate: la distribuzione come «a) l'attività del *rifornire*, dello smistare, il materiale pedopornografico incorporato in *supporti fisici* (fotografie, stampanti, fotocopie, pellicole, videoregistrazioni, audio registrazioni, ecc.) e prelevato presso i produttori o distributori; b) ad una pluralità di soggetti *non fruitori*, cioè di commercianti o ridistributori, sia essa indeterminata o determinata (es.: a una cerchia seleziona di rivenditori), a *scopo di lucro*; c) o anche a d una *pluralità* di soggetti *fruitori*, ma *senza scopo di lucro* (es. mediante scambi gratuiti tra club di pedofili o tra pedofili collezionisti); la diffusione – introdotta dalla Legge 38/2006 – come «la messa in circolazione del materiale pornografico, su supporti fisici o smaterializzati, ad una pluralità di soggetti, con qualsiasi mezzo»; infine, la pubblicizzazione come «a) diffusione di *notizie* o *informazioni* sull'esistenza (o anche sulle caratteristiche) di materiale pornografico; b) in termini di *pubblicità* di tipo commerciale, ossia di propaganda volta a stimolarne l'acquisto e la fruizione; c) con destinatari una *pluralità* di soggetti, fruitori, commercianti, ridistributori, indeterminata (come in genere la pubblicità radiotelevisiva, telematica, cinematografica) o anche determinata (es.: invio postale di *depliant*, di campionari, o di messaggi telefonici o per posta elettronica a una cerchia circoscritta di pedofili; d) *con* o anche *senza scopo di lucro*».

La dottrina si è a lungo interrogata in merito alla portata di tale clausola.

Nei commenti alla formulazione originaria della norma come introdotta dalla Legge 269/1998 si è sottolineato il valore spiccatamente simbolico-espressivo del richiamo esplicito alla modalità alternativa di realizzazione delle condotte anche via Internet, in quanto – tecnicamente – tale modalità risultava ricompresa nell’onnicomprendente espressione «con ogni mezzo», considerato peraltro che non era la prima volta che nell’ordinamento italiano venivano introdotte fattispecie incriminatrici di condotte realizzate o realizzabili per via telematica (basti pensare alle norme introdotte dalla Legge 547/1993)⁴⁷¹. In tale prospettiva, la clausola «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica», altrimenti superflua, avrebbe la funzione di esplicitare la *ratio* della norma «enfaticamente la possibilità che la condotta tipica si realizzi a prescindere dalla natura materiale dell’oggetto, essendo invece a ciò sufficiente l’idoneità dello stesso ad essere divulgato ad una pluralità di destinatari»⁴⁷².

Non vi è dubbio che la clausola in esame sia «emblematica dell’allarme che suscitava, nell’immaginario collettivo, la convergenza fra il fenomeno criminoso della pedofilia e lo sviluppo di Internet, che si profilava come fattore ancora poco esteso e conosciuto, e per questo anche temuto»⁴⁷³, ed infatti, i redattori della disposizione ne avevano motivato l’inserimento con la necessità di escludere qualsiasi possibile vuoto di tutela in attuazione del disposto della Decisione quadro 2004/68/GAI⁴⁷⁴.

Tuttavia, va detto che, alla luce della passi applicativa, si deve riconoscere che si sono rivelati infondati i timori espressi da parte della dottrina che vedevano nella norma in

⁴⁷¹ PICOTTI L., *Commento all’art. 600-ter III comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 175 ss. e quivi 201 ss., che afferma che l’enfaticizzazione della possibilità di realizzazione della condotta tipica anche per via telematica, nell’ambito del contesto fortemente emozionale sotteso alla redazione della norma in commento, riveste una spiccata valenza simbolico-espressiva, probabilmente sproporzionata rispetto alla sua effettiva portata giuridica e possibilità di incidenza pratica, «ma certamente correlata alle preoccupazioni [...] che ruotano attorno alla “diabolica” congiunzione fra utilizzo della rete e pedofilia, quasi che la pervasiva, e, perciò, anche minacciosa presenza della prima possa introdurre la seconda nella quotidiana vita privata degli ignari utenti».

⁴⁷² RESTA F., *Pornografia minorile: l’anticipazione dell’intervento penale ed il difficile bilanciamento tra interessi*, nota a Cassazione penale, 11 dicembre 2002 - 3 febbraio 2003, n. 4900, in *Dir. inf.*, 2003, 794 ss. e quivi 807.

⁴⁷³ PICOTTI L., *Commento all’art. 600-ter III comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 175 ss. e quivi 177.

⁴⁷⁴ Così la Relazione al disegno di legge governativo n. 4599, presentato alla Camera dei deputati il 13 gennaio 2004.

commento una minaccia alle libertà fondamentali dell'informazione, comunicazione e manifestazione del pensiero in Rete⁴⁷⁵.

Sempre con riferimento all'inciso «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica», vi è chi sostiene che la specifica indicazione dei mezzi di commissione del reato possa rivestire altresì una funzione di «interpretazione autentica» della nozione di “materiale pornografico”⁴⁷⁶.

Secondo un'ulteriore opinione dottrinale, invece, la scelta del legislatore di prevedere espressamente Internet come strumento tipico di realizzazione dell'offesa nei delitti di pornografia minorile deriverebbe dalla necessità di legittimare, in relazione a tali reati, le peculiari attività di contrasto degli illeciti commessi per via telematica previste dall'art. 14 della Legge 269/1998, di cui si dirà nel prosieguo⁴⁷⁷.

Un altro aspetto della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. che ha suscitato critiche è quello della sua formulazione, ritenuta indeterminata.

Secondo parte della dottrina, infatti, il dato normativo sarebbe tale da generare pericolose conseguenze sotto il profilo della colpevolezza, posto che la sua indeterminatezza «potrebbe condurre a non escludere, *a priori*, l'utilizzabilità persino del dolo eventuale, il che non può non preoccupare fondatamente in particolare gli “Internet providers”, nel senso che si può a questi ultimi, sia pure con non poche difficoltà, arrivare a imputare l'aver acconsentito l'accesso alla Rete, utilizzando magari il canone tradizionale della c.d. accettazione del rischio»⁴⁷⁸.

Per quanto concerne invece il rapporto tra le condotte di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. e quelle di cui al successivo comma 4, dottrina e giurisprudenza ritengono che le prime si contraddistinguano per il fatto che il materiale pedopornografico esce dalla disponibilità del soggetto agente e diviene accessibile ad un numero indeterminato di persone; in conseguenza di ciò, qualora l'inoltro del materiale pedopornografico

⁴⁷⁵ Avevano sollevato interrogativi e mostrato preoccupazione in tal senso, MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss.; ZENO ZENCOVICH V., *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, relazione al convegno “Pedofilia e Internet: vecchio ossessioni e nuove crociate”, Roma, 27 ottobre 1998, in *Pol. dir.*, 1998, 637 ss.

⁴⁷⁶ PICOTTI L., *Commento all'art. 600-ter III comma c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 175 ss. e quivi 201 ss.

⁴⁷⁷ DELSIGNORE S., *Pornografia minorile*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, III, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M., Torino, 2006, 407 ss. e quivi 456.

⁴⁷⁸ MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss. e quivi 50.

riguardi uno o più soggetti determinati, si ricadrebbe nelle minor gravi fattispecie di cui al comma 4.

Sul punto, ed in particolare in materia di *chat line*, sono intervenute le Sezioni Unite statuendo che «Perché vi sia divulgazione o distribuzione ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter c.p. occorre che l'agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo "privilegiato", o le invii ad un gruppo o lista di discussione, da cui chiunque le possa scaricare, o le invii bensì ad indirizzi di persone determinate ma in successione, realizzando cioè una serie di conversazioni private, e quindi di cessioni con diverse persone. Di conseguenza, quando la cessione di materiale pornografico avvenga attraverso un canale di discussione (c.d. "*chat line*") è necessario verificare, al fine dell'integrazione dell'ipotesi punita dal comma 3 dell'art. 600-ter c.p. se il programma consenta a chiunque si colleghi la condivisione di cartelle, archivi e documenti contenenti le foto pornografiche minorili, in modo che chiunque possa accedervi e, senza formalità rivelatrici di una sua volontà specifica e positiva, prelevare direttamente le foto. Viceversa, quando il prelievo avvenga solo a seguito della manifestazione di volontà dichiarata nel corso di una conversazione privata, si versa nell'ipotesi più lieve di cui al comma 4»⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Cassazione penale, SS.UU., 11 dicembre 2002 – 3 febbraio 2003, n. 4900, in *Cass. pen.*, 2003, 3338. Cfr. inoltre, Cassazione penale, sez. III, 28 gennaio 2003, n. 12372, in *Cass. pen.*, 2004, 1639: «ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter comma 3 c.p. (distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione del materiale pornografico minorile con qualsiasi mezzo, anche in via telematica) non è sufficiente la cessione di detto materiale a singoli soggetti ma occorre che esso sia propagato ad un numero indeterminato di persone. Ne consegue che non è sufficiente ad integrare il reato di cui all'art. 600-ter comma 3 c.p. il mero utilizzo della rete Internet – essendo comunque necessario che l'offerta sia diretta ad un numero indeterminato di persone in quanto ove l'offerta sia destinata a persone indeterminate, sussiste la più lieve ipotesi di cui all'art. 600-ter comma 4 c.p., indipendentemente dall'uso o meno del mezzo telematico – ma occorre accertare quale tipo di connessione telematica sia stata utilizzata al momento della commissione del reato, in quanto, ove si accerti trattarsi di connessione aperta, sussiste il reato più grave di cui all'art. 600-ter comma 3 c.p., mentre, nell'ipotesi di connessione riservata, sussiste il reato più lieve di cui all'art. 600-ter comma 4 c.p.»; Cassazione penale, sez. III, 3 dicembre 2001, n. 5397, in *Riv. pen.*, 2002, 333 ss.: «Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter, comma 3, prima parte c.p. consistente nel fatto di chi "al di fuori delle ipotesi di cui ai commi 1 e 2, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga o pubblicizza il materiale pornografico di cui al comma 1" non può ritenersi sufficiente alla realizzazione di tale condotta il solo fatto che fotografie o messaggi pornografici attinenti a soggetti di età minore siano veicolate attraverso la rete Internet, occorrendo anche che da ciò derivi la possibilità per chiunque di accedere a detto materiale; mancando tale condizione, come si verifica nel caso in cui la foto o il messaggio vengano allegati ad un messaggio di posta elettronica inviato ad un determinato destinatario, può soltanto ritenersi configurabile la meno grave ipotesi di reato di cui al comma 4 del cit. art. 600-ter. Sussiste il delitto di cui all'art. 600-ter c.p. qualora il soggetto inserisca foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti ovvero quando le propaghi attraverso *usenet*, inviandole ad un gruppo o lista di discussione da cui chiunque le possa scaricare; mentre è configurabile l'ipotesi più lieve di cui all'art. 600-ter, comma 4, quando il soggetto invii dette foto ad una persona determinata allegandole ad un messaggio di posta elettronica,

Quanto al momento consumativo dei reati di cui all'art. 600-ter comma 3 c.p. quando commessi per via telematica, la dottrina e la giurisprudenza lo individuano nel momento in cui i dati pedopornografici vengono immessi nella Rete, posto che tale immissione, pur collocandosi in un momento antecedente all'effettiva diffusione tra il pubblico del materiale vietato, è sufficiente ad integrare il delitto che ha natura di reato di pericolo concreto, stante la possibilità di accesso ai dati ad un numero indeterminato di soggetti⁴⁸⁰.

In relazione alle fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. si pongono inoltre complesse questioni in ordine alla configurabilità di una responsabilità in capo ai *provider*, che saranno oggetto di separata disamina nel successivo Capitolo IV.

Con riferimento alla norma (sussidiaria) di cui al comma 4 dell'600-ter c.p., questa punisce tutte le condotte di cessione⁴⁸¹, a titolo oneroso o gratuito, a terzi determinati di materiale pedopornografico, cessione cui è equiparata – a seguito della Legge 38/2006 – la mera offerta⁴⁸² (sempre a titolo oneroso o gratuito) del materiale suddetto, con

sicché solo questa abbia la possibilità di prelevarle»; Cassazione penale, sez. III, 14 luglio 2000, n. 2842, in *Cass. pen.*, 2001, 3432, con cui la Suprema Corte ha precisato che è sufficiente ad integrare il reato di cui all'art. 600-ter, comma 3, c.p. la propagazione, indipendentemente dalla sussistenza del fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pedopornografico, del materiale illecito ad un numero indeterminato di persone, come si verifica nel caso di cessione di tale materiale mediante l'uso di una *chat line*; conforme, Cassazione penale, sez. III, 24 agosto 2000, in *Riv. pen.*, 2000, 1007; Tribunale di Bari, sez. I, 11 gennaio 2006, in *Cass. pen.*, 2006, 1904. Cfr. inoltre, sempre in tema di divulgazione e cessione di materiale pornografico mediante *chat line*, Cassazione penale, sez. III, 7 dicembre 2006, n. 593, in *Cass. pen.*, 2008, 2446, con nota di CANTAGALLI C., *Sulla distinzione fra divulgazione e cessione di materiale pedopornografico nelle comunicazioni attraverso chat line e sulla qualificazione giuridica della trasmissione individuale di tale materiale a più destinatari*, 2449 ss., che ha statuito che commette il delitto di divulgazione via Internet di materiale pedopornografico previsto dal comma 3 dell'art. 600-ter c.p. e non quello di mera cessione, previsto dal comma 4, non solo chi utilizzi programmi di *file sharing peer to peer* (quali *Emule* e *C6*), ma anche chi impieghi una *chat line*, spazio virtuale strutturato in canali, qualora in esso un solo *nickname*, necessario ad accedere alla cartella di immagini o video, venga utilizzato da più persone alle quali siano state rese note *username* e *password*, che possono in tal modo ricevere e trasmettere materiale pedopornografico; tale sistema, infatti, rende possibile trasferire il materiale pedopornografico a molteplici destinatari e non si differenzia perciò dalla divulgazione vera e propria, sempre che risulti provata in capo all'agente la volontà di divulgare tale materiale, come nel caso in cui la trasmissione sia stata reiteratamente rivolta a più persone. In dottrina, in tema di *file* scambiati attraverso i canali *peer to peer*, v. PERRI P., *Profili informatico-giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico*, in *Cass. pen.*, 2008, 3466 ss. e quivi 3471-3473.

⁴⁸⁰ In dottrina, cfr. per tutti, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 462. In giurisprudenza, Cassazione penale, sez. III, 21 giugno 2005, n. 25232, in *Cass. pen.*, 2006, 3678, Cassazione penale, sez. III, 21 gennaio 2005, n. 5774, in *Cass. pen.*, 2006, 1820.

⁴⁸¹ Da intendersi come «dichiarazione della disposizione a cedere (la proprietà o il possesso)» del materiale pedopornografico o nella «dichiarazione seria e non millantatrice, dovendo l'offerente avere la detenzione del materiale suddetto o la concreta possibilità di procurarselo» (MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 466).

⁴⁸² Da intendersi come «il trasferimento della proprietà (vendita, donazione) o anche del solo possesso (prestito) del materiale pornografico» (MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 466).

un'ulteriore anticipazione dell'intervento penale che, conformemente a quanto previsto dalla Decisione quadro 2004/68/GAI, parifica il tentativo realizzato attraverso l'offerta del materiale al reato consumato di cessione.

Si tratta di fattispecie incriminatrici che concernono ipotesi di reato satellitari e meno gravi rispetto a quelli del commercio, della divulgazione e delle altre condotte di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p., in quanto sprovvisti dei necessari requisiti di organizzazione commerciale, pur se minima, ed aventi invece carattere occasionale, ma che hanno la finalità di completare l'ambito di tutela accordata allo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale dei minori⁴⁸³.

Da ultimo deve segnalarsi il severo trattamento sanzionatorio che può conseguire all'applicazione dell'aggravante ad effetto speciale (aumento di pena non eccedente i due terzi) di cui al comma 5 dell'art. 600-ter c.p. introdotta dalla Legge 38/2006 per il caso in cui il materiale oggetto delle condotte di cui ai commi 3 e 4 sia di «ingente quantità». L'aggravante in commento è stata qualificata come «indefinita», in considerazione dell'indeterminatezza del criterio «ingente» che ne fa scattare l'applicazione (l'individuazione della misura è rimessa all'arbitrio del giudice⁴⁸⁴), sollevando pertanto dubbi di illegittimità costituzionale per difetto di tassatività⁴⁸⁵. In secondo luogo, è stato altresì osservato come, introducendola, il legislatore sembra aver «dato sfogo ad un diritto penale dell'autore, andando a colpire più il pedofilo che il fatto da lui commesso», soprattutto in relazione alla condotta di detenzione di materiale pedopornografico di cui si dirà nel prosieguo, che solleva non pochi dubbi in merito alla necessità e fondatezza di una sua repressione penale⁴⁸⁶. Si è osservato peraltro che sarebbe stato più opportuno collegare la circostanza aggravante in esame alla quantità di minori sfruttati, piuttosto che alla quantità di material prodotto⁴⁸⁷.

⁴⁸³ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 467.

⁴⁸⁴ PISTORELLI L., *Pornografia minorile*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI D. – MARINUCCI G. (a cura di), Milano, 2006, 4156 ss. e quivi 4162.

⁴⁸⁵ MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 280; CADOPPI A., *Commento all'art. 600-quater c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 227 ss. e quivi 240.

⁴⁸⁶ CADOPPI A., *Commento all'art. 600-ter V comma, c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 225-226; ID., *Commento all'art. 600-quater c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 227 ss. e quivi 240.

⁴⁸⁷ Per questa osservazione, MANTOVANI M., *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in AA.VV., *la legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA G., Padova, 2006, 147 ss. e quivi 155.

4.3 Detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.). In particolare, la detenzione di materiale pedopornografico su supporti tecnologici

L'art. 600-*quater* c.p.⁴⁸⁸ introduce la fattispecie incriminatrice di detenzione di materiale pornografico, che punisce il “procurarsi” ed il “disporre” (verbo con cui la Legge 38/2006 ha sostituito il precedente “detenere”) «consapevolmente» di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori⁴⁸⁹.

La norma ha carattere sussidiario⁴⁹⁰ rispetto a tutte le condotte contemplate dall'art. 600-*ter* c.p. e trova applicazione solo nel caso in cui l'agente non abbia concorso a realizzare una delle fattispecie ivi indicate, che rappresentano il reato presupposto⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Art. 600-*quater* (*Detenzione di materiale pornografico*) c.p.:

«Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-*ter*, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a euro 1.549.

La pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità». Prima delle modifiche apportate dalla Legge 38/2006, la fattispecie era stata così originariamente formulata dalla Legge 269/1998: «Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-*ter*, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto».

⁴⁸⁹ Per una riflessione generale, v. COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss. V. inoltre Cassazione penale, sez. III, 6 maggio 2003, n. 36390, in *Cass. pen.*, 2004, 2818, che chiarisce come «Al fine di configurare il reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. è necessario che si disponga o ci si procuri materiale pornografico ottenuto mediante lo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, atteso che nel nostro ordinamento, dal punto di vista generale, è lecita la detenzione di materiale pornografico stante la sua differenziazione da quello pedopornografico».

⁴⁹⁰ Ad esempio, in relazione ad un caso di pedofilia via Internet, la Suprema Corte ha statuito che: «Non è configurabile il reato di cui all'art. 600-*ter*, comma 3, c.p. (distribuzione, divulgazione, diffusione o pubblicizzazione di materiale pedopornografico), ma soltanto quello di cui all'art. 600-*quater* c.p. (detenzione di materiale pedopornografico), qualora, pur essendosi l'agente procurato in via telematica dei *files* contenenti immagini vietate mediante il programma c.d. *Emule* (o altro similare) che ne consente, a determinate condizioni, la messa automaticamente in condivisione, non risulti che le dette condizioni si siano realizzate o fossero prevedibilmente realizzabili» (Cassazione penale, sez. III, 7 novembre 2008, n. 11169, in *Riv. pen.*, 2009, 670). Ancora, v. Cassazione penale, sez. III, 20 novembre 2007, n. 1814, in *Guida dir.*, 2008, 14, 66, che ha affermato che «Devono escludersi dal novero dei soggetti attivi del reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. coloro che hanno prodotto il materiale pedopornografico, in relazione ai quali la detenzione costituisce un *post factum* non punibile. Il rapporto tra il reato di pornografia minorile e quello di detenzione di materiale pornografico è regolato infatti dalla espressa clausola di riserva di cui all'art. 600-*quater*, comma 1, c.p., la quale risolve il conflitto apparente di norme in favore dell'applicazione della fattispecie più grave». Cfr. inoltre, Cassazione penale, sez. III, 8 maggio 2003, n. 39706, in *Dir. informatica*, 2004, 94: «Colui il quale “scarica” da un sito Internet materiale pedopornografico, senza pagare alcunché e senza cederlo a terzi, non commette alcuno dei delitti di cui all'art. 600-*ter* c.p., ma soltanto il reato di cui alla residuale previsione dell'art. 600-*quater* c.p.».

⁴⁹¹ Parte della dottrina, stante la presenza di un reato presupposto (l'art. 600-*ter* c.p.) ed anche il fine di procurarsi un profitto anche non di carattere patrimoniale, ha sottolineato la similitudine tra la fattispecie in esame e quella di ricettazione di cui all'art. 648 c.p., ritenendo che il delitto di detenzione di materiale pedopornografico rappresenti un'ipotesi speciale rispetto a quello di ricettazione, risultano così escluso il concorso tra i due reati (ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009, 168; IZZO F., *Norme contro la pedofilia. Commento alla L. 3 agosto 1998, n.269*, Napoli, 1998, 41).

Trattasi peraltro, come nel caso dell'art. 600-ter c.p., di norma a più fattispecie, cosicché nel caso di realizzazione di acquisto e autoproduzione insieme si ha un unico reato⁴⁹².

Le condotte previste e punite dall'art. 600-quater c.p., ancora analogamente a quelle di cui all'art. 600-ter c.p., hanno natura diversa l'una dall'altra e risultano peraltro di non agevole definizione, anche successivamente alla riformulazione della norma ad opera della Legge 38/2006.

La novella del 2006 ha sostituito il termine “disporre” – vago e meno collaudato nel gergo legislativo – originariamente previsto dalla Legge 269/1998, probabilmente con l'intento di rendere punibile anche la detenzione di materiale informatico⁴⁹³ (cui ci si riferisce generalmente in termini di “disponibilità” di materiale pedopornografico su disco fisso, *floppy disc*, ecc.)⁴⁹⁴, con il termine “detenere”. Sotto il vigore della previgente formulazione dell'art. 600-quater c.p. si era temuto infatti che la punibilità della condotta di “disporre” potesse legittimare la repressione penale della semplice consultazione via Internet di siti pedofili o di materiale illecito senza alcuna registrazione dei dati su disco, e pertanto a prescindere anche da un rapporto materiale con il materiale illecito rendendo per tale via penalmente rilevanti persino casi di possesso virtuale (è necessario il *download* del materiale sul disco fisso o su altro supporto informatico)⁴⁹⁵.

Secondo alcuni, tale modifica sarebbe sostanzialmente priva di specifiche conseguenze, in quanto dovrebbe accogliersi una nozione estensiva di “detenzione”, mentre, secondo

⁴⁹² Sul punto, cfr. Cassazione penale, sez. III, 19 novembre 2008, n. 43189, in *Riv. pen.*, 2009, 159: «le condotte (procurarsi o detenere) contemplate nel testo vigente della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600-quater c.p., nella formulazione derivante dalle modifiche introdotte dalla L. 6 febbraio 2006, n. 38, non integrano diverse ipotesi di reato, ma rappresentano distinte modalità di perpetrazione del medesimo reato, essendo escluso tra di esse il concorso formale».

⁴⁹³ V. in merito, in giurisprudenza, Cassazione penale, sez. III, 21 settembre 2005, n. 39282, in *Giur. it.*, 2006, 1485: «In tema di detenzione di materiale pornografico, la fattispecie di cui all'art. 600-quater c.p. comprende qualsiasi situazione idonea a far rientrare il materiale nella disponibilità dell'agente inclusa la detenzione non su supporto cartaceo, ma con salvataggio informatico».

⁴⁹⁴ Così, CADOPPI A., *Commento all'art. 600-quater c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 227 ss. e quivi 232.

⁴⁹⁵ Avevano espresso questo timore, ad esempio, SANTORO V., *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, *Guida dir.*, 1998, 33, 46 ss. e quivi 49; MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss. e quivi 50; CADOPPI A., *Commento all'art. 600-quater c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 232 ss.

altra parte della dottrina, avrebbe determinato l'esclusione dall'ambito del penalmente rilevante delle forme di detenzione non materiale⁴⁹⁶.

Secondo la miglior dottrina, considerata la necessità di riconoscere alle due condotte contemplate dalla norma una distinta *ratio* di tutela e portata applicativa, anche in forza del riconoscimento alla rubrica dell'art. 600-*quater* c.p. di un valore ermeneutico esse dovrebbero interpretarsi come segue: il "procurarsi" come «i possibili modi di attivarsi per ottenere la disponibilità del materiale pedopornografico detenuto da altri soggetti (comprandolo, noleggiandolo, accettandone il dono, ecc.)»; il "detenere" come, «per esclusione», l'acquisizione della disponibilità di fatto del materiale pedopornografico da parte del soggetto fornitore, «senza ottenerlo da altri: cioè attraverso la *produzione dello stesso per uso personale*», in modo tale che egli si trovi «nella possibilità effettiva di disporre, lo detenga egli in *contatto* o in *vicinanza* (indosso, presso di sé, o nella sfera di accessibilità fisica immediata: es. nella propria abitazione) oppure anche *a distanza*, sempre che egli conservi la possibilità di stabilire quando lo voglia, il contatto fisico con il materiale»⁴⁹⁷.

Si noti che la disponibilità del materiale pedopornografico può essere sia materiale sia virtuale, come accade, ad esempio, in relazione ad immagini pedopornografiche memorizzate da chi le ha realizzate sul proprio *computer*, oppure di cui sia stato effettuato il *download* da Internet⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 43.

⁴⁹⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 470. In giurisprudenza, cfr. Cassazione penale, sez. III, 8 novembre 2007, n. 41067, in *Cass. pen.*, 2009, 1053 e con commento di APRILE E., *È reato "scaricare" da Internet anche poche immagini pedopornografiche, memorizzarle nel proprio computer e poi cancellarle*, in *Dir. Internet*, 2008, 61 ss., che, in relazione ad una fattispecie in cui alcuni *file* pedopornografici si trovavano nel *computer* dell'imputato nella cartella denominata "*My Downloads*" (da cui erano poi stati cancellati) ed altri nella cartella di sistema "*Temp*", ha statuito che il reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. è configurabile anche in relazione alla condotta di chi "scarica" da Internet immagini pedopornografiche salvandole in un'apposita *directory* ed in seguito ne cancella una parte, in quanto non si può sostenere che le immagini pedopornografiche vi siano finite all'insaputa dell'imputato (circostanza che comunque non avrebbe di per sé escluso la volontà di disporre del materiale pornografico ricevuto casualmente), posto che, sulla base degli accertamenti compiuti dalla polizia giudiziaria, la *directory* corrispondeva ad una normale cartella di sistema dove i *file* possono essere salvati solo dall'utente, ovvero la cartella "*Temp*", diversa dalla cartella "*Temporary Internet files*" ove invece effettivamente possono finire i dati provenienti dalla navigazione in Internet in via temporanea; Cassazione penale, sez. V, 27 settembre 2006, n. 36094, in *Cass. pen.*, 2007, 3723, che ha statuito che «In tema di reati contro la libertà sessuale dei minori, ai fini della configurazione del delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p., la disponibilità del materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori deve essere intesa come possibilità di libera utilizzazione di detto materiale, senza che ne sia necessario l'effettivo uso».

⁴⁹⁸ In tal senso, in giurisprudenza, v. Cassazione penale, sez. III, 20 settembre 2007 – 12 novembre 2007, n. 41570, in *Cass. pen.*, 2008, 2888, che chiarisce come «Integra il reato previsto dall'art. 600-*quater* c.p.

Per quanto rileva ai fini di questo studio, deve evidenziarsi come le condotte tipizzate dalla norma in commento assumano un significato ed una valenza del tutto peculiari in Internet e nel *cyberspace*, considerato che l'utente che accede ad un sito *web* contenente materiale pedopornografico parrebbe per ciò stesso "procurarsi" attraverso il mero collegamento il materiale medesimo e detenerlo, tanto più che i programmi *browser* che consentono la navigazione normalmente memorizzano automaticamente nel disco fisso dell'utente tutto il percorso di connessione seguito, nonché tutto ciò egli visualizza a video durante la navigazione: l'utente della Rete verrebbe pertanto sempre a trovarsi nella situazione di ricevere e conservare nel proprio *computer* dati illeciti immagazzinati magari senza una alcuna sua attività in tal senso e soprattutto anche eventualmente senza averne conoscenza. In merito, tuttavia, la dottrina prevalente afferma che la condotta del "detenere" non ricomprende la mera consultazione via Internet di siti per pedofili senza registrazione di dati su disco o collocazione in memoria, né la consultazione di riviste di pornografia minorile in un'edicola o in libreria o di materiale pornografico presso amici, trattandosi in tutti questi casi di una mera «presa di visione» del materiale illecito, che non implica né un'attività di "procurarsi" né la "detenzione", nemmeno in modo virtuale⁴⁹⁹.

(detenzione di materiale pornografico utilizzando minori degli anni diciotto), la condotta consistente nel procurarsi materiale pedopornografico "scaricato" (cosiddetta operazione di "download") da un sito Internet a pagamento, in quanto il comportamento di chi accede al sito e versa gli importi richiesti per procurarsi il materiale pedopornografico offende la libertà sessuale e individuale dei minori coinvolti come il comportamento di chi lo produce». Conforme, Tribunale di Brescia, 22 aprile 2004 (accessibile all'indirizzo http://www.penale.it/giuris/meri_161.htm) che ha ritenuto che la norma di cui all'art. 600-*quater* c.p. sanziona solo la condotta di chi si appropria di *file* video pedopornografici salvandoli sul disco fisso del *computer* o su altro supporto che ne consenta la riproduzione («occorre chiarire, con riferimento ai materiali informatici, e, segnatamente, a quelli connessi a navigazione nel *web*, che la norma, punendo chi "si procura o dispone" di materiale illecito, e non chi, semplicemente, lo visiona, consente lo svolgimento della pretesa punitiva non nei confronti di tutti coloro che, navigando in Internet, "entrino in contatto", semplicemente, con immagini aventi quel contenuto, ma coloro che "se ne appropriano", "salvandole" e veicolandole o sul disco fisso del *personal computer* o su altri supporti, con esso interfacciabili, che ne consentano la visione o comunque la riproduzione. Lo "scaricamento" dei materiali, ovviamente, deve essere consapevole e volontario, dovendosi escludere profili di responsabilità penale nei casi in cui il materiale rinvenuto sul *personal computer* costituisca la mera traccia di una trascorsa consultazione del *web*, creata dai sistemi di salvataggio automatico del *personal computer*»).

⁴⁹⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 470. Analogamente, CADOPPI A., *Commento all'art. 600-*quater* c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 227 ss. e quivi 233; NATALINI A., *Il download di immagini pedofile non integra il reato di detenzione. E manca anche il dolo "consapevole" se il reo è minorenne*, in *Dir. giust.*, 2004, 22, 69 ss. In giurisprudenza, v. Cassazione penale, sez. III, 21 settembre 2005, n. 39282, in *Dir. Internet*, 2006, 51 ss., con commento di ATERNO S., *Non è punibile la mera consultazione via Internet di siti per pedofili senza registrazione di dati sul disco*, 53 ss.; in un *obiter dictum*, la Corte precisa che «L'art. 600-*quater* c.p., punisce che si "procura" o "dispone" di materiale pedopornografico prodotto mediante lo sfruttamento dei minori. I termini non

Come avvenuto per l'art. 600-ter c.p., la Legge 38/2006 è intervenuta sulla disposizione in commento anche sostituendo l'inciso «prodotto mediante lo sfruttamento dei minori» con quello «realizzato utilizzando minori degli anni diciotto»; in forza di tale modifica risulta penalmente rilevante la detenzione di materiale prodotto con la strumentalizzazione di minori anche senza scopo di lucro (ad esempio, il materiale c.d. “domestico” o “fatto in casa”, qualora non sussistano gli estremi dei più gravi reati di cui agli artt. 609-bis c.p. e seguenti), ma non quella di detenzione di materiale pornografico minorile prodotto senza lo sfruttamento di minori (ad esempio, prodotto filmando rapporti sessuali tra minori o tra adulti e minori con una telecamera nascosta e all'insaputa delle parti, salva l'integrazione del reato di interferenze illecite nella vita privata di cui all'art. 615-bis c.p.)⁵⁰⁰.

tecniche usati dal Legislatore, nella loro ampia estensione, raggiungono lo scopo di chiarire all'interprete che la fattispecie comprende qualsiasi situazione idonea a fare rientrare il materiale *de quo* nella disponibilità dell'agente inclusa la detenzione non su supporto cartaceo, ma con salvataggio informatico; la previsione punitiva, come correttamente segnalato dall'imputato, non estende la repressione penale alla mera consultazione via Internet di siti per pedofili senza registrazione di dati su disco». Nello stesso senso si sono pronunciati anche i giudici di merito: G.u.p., Tribunale di Perugia, 8 luglio 2003, n. 313, accessibile all'indirizzo <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=40>; Tribunale di Brescia, Sez. II, 24 maggio 2004, n. 1619, in *Dir. Internet*, 2005, 57 ss., con commento di GALDIERI P., *Sulla detenzione di materiale pedopornografico all'interno del computer*, 59 ss.). In relazione alla questione in commento, deve osservarsi tuttavia che nel corso della navigazione le cartelle di *file* temporanei del *computer* immagazzinano un'ingente quantità di dati, senza che l'utente che naviga ne abbia consapevolezza, dati che pertanto riguardano anche i contenuti illeciti consultati. Sul punto, è d'ausilio la citata pronuncia del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia che ha statuito che la cartella “*Temporary Internet file*” contenente i *file* temporanei è una funzione del sistema operativo installato sul *computer* e rappresenta una sorta di «memoria invisibile» dello stesso, che non ha finalità di archivio in senso stretto ma si limita a rendere più rapido l'accesso ad un sito e ad un documento già visionato nel caso in cui l'utente decida di accedervi nuovamente; pertanto, pur realizzandosi una forma di detenzione, stante il fatto che i *file* sono di difficile reperimento in quanto la *directory* della cartella “*Temporary Internet file*” è nascosta e accedervi richiede conoscenze tecniche superiori alla media esperienza, difetta in relazione ai *file* temporanei l'elemento soggettivo dell'illecita detenzione o disposizione di dati relativi al materiale pedopornografico.

⁵⁰⁰ Così, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 469-470-471. In giurisprudenza, v. Cassazione penale, sez. III, 12 luglio 2007, n. 27252, in *Dir. Internet*, 2008, 53 ss., con nota di PADOVANI C., *Il concetto di “utilizzo” del minore nella videoripresa a contenuto pornografico trasmessa via mms*, 55 ss., che tenta di fornire un'interpretazione dell'art. 600-ter c.p. nella nuova formulazione che coniughi la strutturale polivalenza e la neutralità semantica del termine “utilizzo” ed il connesso rischio di indebito ampliamento della sfera di applicabilità della fattispecie e la sua indeterminatezza, con le istanze di politica criminale internazionale miranti a garantire ai minori una tutela rafforzata ed anticipata anche a costo di una mortificazione del mezzo normativo rispetto al fine perseguito. In linea con quanto statuito dalle Sezioni Unite nella nota pronuncia del 31 maggio 2000 (Cassazione penale, SS.UU., 31 maggio 2000, n. 13, in *Guida dir.*, 2000, 27, 51, con nota di BRICCHETTI R., *Per integrare il delitto di sfruttamento non è necessaria la finalità lucrativa*, 51 ss.), nella sentenza in esame la Suprema Corte afferma che «mentre l'introduzione dell'art. 600-ter c.p., nel Codice penale (L. 3 agosto 1998, n. 269), si caratterizzava per la lotta allo “sfruttamento” dei minori per finalità di pornografia, la L. n. 38 del 2006, (entrata in vigore prima dei fatti di causa) 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 comma 1, il termine “sfrutta” con quello di “utilizza”, aggiungendo al

Per quanto concerne l'elemento psicologico, la norma prevede che l'agente debba detenere «consapevolmente» il materiale pedopornografico (l'avverbio non è stato eliminato dalla Legge 38/2006, diversamente da quanto avvenuto per l'art. 600-ter c.p.), cosicché il reato è punibile solo a titolo di dolo diretto, valendo la suddetta espressione ad escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale⁵⁰¹.

comma 3, il verbo “diffonde”, modificando il comma 4, ed aggiungendo il comma 5, e u.c. 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». La Corte precisa inoltre che «il reato previsto dall'art. 600-ter c.p., intenda fissare per i minori una tutela anticipata rispetto ai rischi connessi a documentazione di carattere pornografico, sanzionando, indipendentemente da finalità di lucro o di vantaggio, anche la mera “utilizzazione” e la mera “induzione” a partecipare. Si tratta, infatti, di azioni di per sé degradanti e connotate da profondo disvalore, oltre che pericolose per la successiva eventuale diffusione che il materiale così prodotto o raccolto può conoscere. Ritieni, poi, che il medesimo reato ricomprenda anche le azioni compiute da minori e tra minori, allorché sussistano tutti gli altri elementi costitutivi della fattispecie». Nel caso sottoposto al loro giudizio, relativo alla trasmissione a mezzo sms su più cellulari di un video che ritraeva un rapporto sessuale tra una giovanissima studentessa e una persona non visibile in volto ma presumibilmente di giovane età, i giudici richiamano il costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui «l'iniziale o parziale consenso della persona in favore di rapporti sessuali non legittima condotte che vadano oltre, per modalità o intensità, il consenso prestato, così che in campo sessuale non può invocarsi la presunzione del consenso ed assumono carattere illecito gli atti compiuti al di fuori della sfera di reciproca accettazione», principio questo «connaturato alla tutela della, dignità e libertà della persona» che «trova applicazione anche con riferimento alle condotte poste in essere da persone minori di età, ovviamente con riferimento ai limiti di età previsti per la persona offesa e nei casi in cui venga accertata la capacità dell'autore del reato di comprendere il disvalore del fatto (art. 98 c.p.)». La Corte sottolinea infatti come la *ratio* sottesa all'art. 600-ter c.p. non sia assimilabile a quella di cui all'art. 609-*quater*, comma 3, c.p., norma da cui emerge che «per i rapporti sessuali, che rappresentano in sé una fisiologica espressione della personalità, il legislatore ha inteso evitare l'intervento penale in caso di rapporti tra due minori che presentano condizioni personali simili», in quanto nel primo caso si tratta di «condotte che presuppongono sia una offesa alla dignità del minore coinvolto in realizzazioni pornografiche sia una evidente situazione di sproporzione nella posizione di forza dei soggetti coinvolti». Sulla base di tali ragionamenti, in relazione alla fattispecie concreta *sub judice*, la Suprema Corte conclude che il minore imputato «non si limitò a riprendere il rapporto sessuale per farne un utilizzo privato, ma dette ad esso una diffusione destinata ad ampliarsi, essendo evidente, o chiaramente prevedibile, che un “materiale” di quella natura sarebbe stato dai destinatari iniziali ulteriormente diffuso, con conseguente perdita di controllo del meccanismo di pubblicità avviato. Trasmettere una videoripresa di contenuto pornografico a più persone attraverso il telefono cellulare potenzia il carattere diffusivo della trasmissione, facilmente moltiplicabile da ciascuno dei destinatari» e sottolinea la «gravità oggettiva delle conseguenze che la diffusione e la pubblicizzazione della ripresa hanno avuto sulla vita familiare e di relazione della persona offesa e sul probabile sviluppo della sua personalità», affermando che «tali conseguenze appaiono la dimostrazione più evidente dei pericoli insiti in questo tipo di condotte e della esigenza che il legislatore ha avvertito di procedere mediante forme di tutela rafforzata e anticipata».

⁵⁰¹ Cfr. sul punto DELSIGNORE S., *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?*, in AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI M., DELSIGNORE S., Padova, 2008, 85 ss. e quivi 102 ss., che evidenzia come per arricchire la fattispecie di una connotazione offensiva sarebbe utile *de lege ferenda* prevedere la punibilità delle condotte indicate nell'art. 600-*quater* c.p. a titolo di dolo specifico, facendosi riferimento al fine di fare commercio, distribuire, divulgare, diffondere, cedere o offrire materiale pedopornografico, fine non richiesto nell'attuale formulazione.

Per quanto concerne il dolo, cui si è appena fatto cenno, qualora il materiale pedopornografico sia contenuto nella memoria del *computer* senza che il proprietario ne abbia consapevolezza, dovrebbe ritenersi che venga meno – ancor prima del profilo soggettivo – l'elemento oggettivo del reato, in quanto la circostanza che l'agente abbia alcuni *file* salvati sul proprio *computer* di cui non abbia conoscenza comporta anche l'impossibilità che o stesso ne disponga; se invece l'agente, in qualsiasi modo, ne prenda visione (ad esempio, mediante apertura di *email* o allegati), si ritiene che il delitto in questione non risulti integrato se l'agente medesimo provvede all'immediata cancellazione dei file aventi contenuto illecito⁵⁰².

L'incriminazione della detenzione di materiale pornografico, meno grave di quelle di cui agli artt. 600-ter e 600-quater c.p., rappresenta una novità assoluta nella tradizione penalistica italiana ed anche la fattispecie maggiormente discussa dell'intero impianto normativo della legge di contrasto della pedofilia e della pedopornografia.

Lo scopo dell'incriminazione di cui all'art. 600-quater c.p. è chiara: contrastare la domanda di materiale pornografico da parte del fruitore, del "consumatore finale", nel tentativo di scoraggiare indirettamente anche l'offerta di tale materiale, a testimonianza della volontà del legislatore di colpire ogni tipologia di condotta diretta allo sfruttamento sessuale dei minori, senza lasciare alcun vuoto di tutela.

Secondo parte della dottrina, l'incriminazione è giustificabile. Questi Autori affermano che la detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-quater c.p. configura un reato di pericolo indiretto o "reato-ostacolo", volto ad impedire che l'agente divenga un autonomo centro di diffusione di materiale illecito e a disincentivare comportamenti devianti da cui potrebbero originarsi delitti di pornografia più gravi. In tale prospettiva, le condotte punite dalla norma non possono considerarsi un mero «vizio privato», in quanto sono potenzialmente offensive del bene giuridico finale tutelato, ovvero lo sviluppo psico-fisico dei minori, e devono pertanto essere colpite, poiché solo colpire la domanda è funzionale a limitare l'offerta di materiale pedopornografico e ridurre lo sfruttamento sessuale dei minori⁵⁰³.

⁵⁰² DESTITO V.S., DEZZANI G., SANTORELLO C., *Il diritto delle nuove tecnologie*, Padova, 2007, 156.

⁵⁰³ Cfr. inoltre CADOPPI A., *Commento all'art. 600-quater c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 227 ss. e quivi 229, il quale osserva tuttavia come l'art. 600-quater c.p. sia stata una delle norme più discusse della Legge 269/1998 in quanto «punire il mero detentore di materiale pornografico andava contro la tradizione del nostro diritto penale, che ha sempre tendenzialmente rispettato la *privacy* del domicilio dei cittadini e ha

Al contrario, altra parte della dottrina ha criticato aspramente la scelta politico-legislativa operata mediante l'introduzione della norma in commento, affermando che ciò l'art. 600-*quater* c.p. incrimina è la mera astratta esposizione del bene giuridico tutelato a pericolo, reprimendo pertanto una condotta che è solo potenzialmente preliminare ad uno dei delitti più gravi contemplati dagli artt. 600-*bis* e seguenti c.p.⁵⁰⁴. Di più. In relazione all'incriminazione di cui all'art. 600-*quater* c.p. la dottrina parla di "reato di scopo", in cui peraltro lo scopo è perseguito mediante una pesante intrusione nella sfera privata dei cittadini⁵⁰⁵, senza che vi sia, per converso, alcuna effettiva lesione del bene giuridico tutelato (la detenzione è privata e non è richiesto che sia finalizzata ad una successiva diffusione).

Secondo una diversa opinione dottrinale, si tratta di un "reato di sospetto", ispirato al paradigma del «diritto penale del nemico» e ritiene che la detenzione di materiale pedopornografico rappresenti un segnale di pericolosità del detentore per la società⁵⁰⁶, suscettibile di incorrere in censure di illegittimità costituzionale in riferimento ai principi di offensività, frammentarietà, laicità e materialità del diritto penale e del canone di necessaria determinatezza e precisione del precetto (tanto più che il

dunque tendenzialmente permesso ogni attività senza vittime in carne e ossa che si svolgesse nell'intimità del focolare domestico. Una tradizione che neppure l'arcigno codice Rocco, pur garante di beni vaghi e fumosi quali la moralità pubblica ed il buon costume aveva interrotto. Anche nel codice del '30, infatti, varie condotte in tema di osceno venivano punite, ma non il possesso da parte di privati senza fine di farne commercio». Nel senso della fondatezza dell'incriminazione, anche MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 469, il quale afferma che la fattispecie della detenzione di materiale pornografico è rispettosa del principio di offensività, poiché in realtà ogni fruizione visiva o auditiva di tale materiale costituisce una nuova lesione del bene della dignità del minore, ed in tale ottica risulta funzionale all'apparto normativo di contrasto della pedofilia e della pornografia introdotto nel sistema dalla Legge 269/1998. L'autore evidenzia peraltro la simmetria tra la fattispecie in esame e quella di cui all'art. 600-*bis* c.p., volta a punire il fruitore della prostituzione minorile, ed anzi sottolinea come costituisca una «smagliatura legislativa» la mancata previsione della punibilità del fruitore di esibizioni pornografiche.

⁵⁰⁴ Cfr. per tutti, MONACO L., *Art. 600-*quater* c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ E., Padova, 2008, 1660 ss., che, in relazione alla disposizione in commento, sottolinea come la nobiltà degli scopi sia stata ancora una volta «veicolo di ideologie penali il cui nefasto retaggio non è purtroppo estinto». In giurisprudenza, v. Cassazione penale, sez. III, 7 giugno 2006, n. 20303, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2006: «In tema di reati relativi alla pornografia minorile, mentre il delitto di cui all'art. 600-*ter* comma 1 c.p., ha natura di reato di pericolo concreto, la fattispecie di cui all'art. 600-*quater* c.p. (anche nella formulazione applicabile al caso di specie, anteriore a quella introdotta con la l. n. 38 del 2006), richiede la mera consapevolezza della detenzione del materiale pedopornografico, senza che sia necessario il pericolo della sua diffusione ed infatti tale fattispecie ha carattere sussidiario rispetto alla più grave ipotesi delittuosa della produzione di tale materiale a scopo di sfruttamento».

⁵⁰⁵ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 157; VENAFRO E., *Commento all'art. 4 l. n. 269/1998*, in *Leg. pen.*, 1999, 88 ss.

⁵⁰⁶ Così, in particolare, FORZA A., *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza*, in *Riv. pen.*, 2007, 481 ss. e quivi 482.

legislatore non ha definito la nozione di “pornografia”, su cui gli artt. 600-ter e 600-quater c.p. sono incentrati)⁵⁰⁷.

Secondo una diversa opinione, invece, l’incriminazione, qualificabile come “delitto-ostacolo”, finisce per tradursi in un’ulteriore anticipazione della tutela penale dal valore simbolico-espressivo, che risulta poco giustificabile e rischia, in nome di una tutela assoluta e incondizionata del minore, di legittimare la lesione di libertà costituzionali quali, *in primis*, il diritto alla *privacy* (ciò anche in considerazione del fatto che la normativa anti-pedofilia riconosce al Pubblico ministero e alla Polizia giudiziaria il potere di disporre perquisizioni personali e domiciliari, ovvero mezzi notoriamente invasivi della sfera privata)⁵⁰⁸. E tale obiezione non pare superabile, a questa dottrina, nemmeno alla luce dell’inserimento nella disposizione dell’avverbio «consapevolmente» (eliminato peraltro dalla Legge 38/2006) e dal riferimento alla necessaria sussistenza dello sfruttamento sessuale (dopo la Legge 38/2006, “utilizzo”) di minore come ad una sorta di reato presupposto, riferimento utile solo ad escludere l’integrazione del delitto di cui all’art. 600-quater c.p. nel caso in cui il materiale pedopornografico sia il risultato di un’attività compiuta personalmente dal detentore.

Secondo autorevole dottrina, peraltro, con particolare riferimento all’incriminazione della condotta di chi “detiene” materiale pedopornografico, mancando persino la domanda di tale materiale penalmente illecito, la *ratio* dell’incriminazione degrada a contrasto di un mero «atteggiamento», privo di qualsivoglia oggettività giuridica, in violazione del principio *cogitationis poenam nemo patitur*⁵⁰⁹.

Alla luce di tali osservazioni, pare che, pur per un fine assolutamente meritevole, la legislazione anti-pedofilia abbia realizzato, mediante l’introduzione del reato di detenzione di materiale pornografico, un’anticipazione ed un’estensione della tutela

⁵⁰⁷ V. per una disamina della scelta di criminalizzazione operata dal legislatore italiano anche alla luce dell’esperienza dell’ordinamento statunitense, MARRA G., *La detenzione di materiale pornografico minorile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 410 ss., che afferma: «Nessun dubbio che la pornografia minorile rappresenti una pratica “dannosa” per questi ultimi prima ancora che per “il corpo sociale” e che, di conseguenza, meriti di essere regolamentata anche attraverso l’impiego della sanzione penale. Tuttavia, una cosa è reclamare l’intervento del diritto penale nei confronti di ipotesi di produzione, commercializzazione o di scambio, anche gratuito, di materiale pedo-pornografico; tutt’altra, invece, è quella di ostinarsi ad invocare l’intervento nei confronti di condotte che non possiedono una concreta offensività per il bene giuridico e che, nella migliore delle ipotesi, appaiono legate a questo solo da flebili presunzioni logiche».

⁵⁰⁸ MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss. e quivi 51.

⁵⁰⁹ CADOPPI A., *L’assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 43.

penale nella materia in esame che vanno oltre anche quanto previsto dagli obblighi internazionali che la legislazione italiana si prefigge di adempiere, imposti in particolare dalla Decisione quadro 2004/68/GAI, creando una sorta di «statuto penale d'eccezione per il nemico-pedofilo, caratterizzato da una flessione delle garanzie individuali e dei principi liberali del diritto penale»⁵¹⁰, come emerge anche dalle norme che escludono l'accesso al patteggiamento e ai benefici penitenziari e dal quelle concernenti il peculiare trattamento sanzionatorio dei re dei delitti di sfruttamento sessuale di minore, oggetto di separata analisi nel prosieguo.

Tutte le obiezioni formulate in relazione alla incriminazione in commento, in particolare per la non significativa offensività della condotta punita e per l'indeterminatezza della fattispecie, cui corrisponde peraltro un trattamento sanzionatorio reso – a seguito della Legge 38/2006 – ancor più rigoroso (pena congiunta della reclusione e della multa), fanno propendere parte della dottrina per l'illegittimità costituzionale della norma in quanto «irragionevole e imprecisa»⁵¹¹.

Peraltro, la ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 600-*quater* c.p. come reato formale, privo di oggettività giuridica, o persino come reato di sospetto, nonché le perplessità in merito alla sua introduzione, sembrano trapelare anche dai lavori preparatori della Legge 269/1998, che incentrarono espressamente la rilevanza dell'incriminazione in commento sulla sua natura strumentale alla commissione dei più gravi delitti di cui in particolare alla'art. 600-*ter* c.p. talvolta di difficile accertamento.

⁵¹⁰ RESTA F., *Virtualità del crimine. Dai reati informatici ai cybercrimes*, in *Giur. merito*, 2006, 102 ss. e quivi 121, nota 49. In relazione alla detenzione di materiale pedopornografico, osserva l'Autrice che essa «è espressiva della *ratio* sottesa alla l. n. 269 del 1998, che – in nome del (pur nobile) fine di garantire la dignità e l'integrità psico-fisica del minore, quale presupposto di un armonico sviluppo della personalità, e, prima ancora, del suo stesso *status libertatis* – ha introdotto nel *corpus* codicistico un sottosistema di norme caratterizzate da una sensibile torsione dei principi costituzionali di ascendenza illuministico-liberale (determinatezza, offensività, materialità, *extrema ratio*, frammentarietà, neutralità assiologia del precetto penale, colpevolezza per il fatto e non per la condotta di vita, finalità rieducativa della pena e sua proporzionalità rispetto alla gravità del reato commesso: art. II-49 della Costituzione europea), da una forte attenuazione delle garanzie individuali (si pensi, in particolare, alla limitazione all'accesso ai benefici penitenziari) e dalla previsione di misure, nate sul terreno della legislazione antiterrorismo, di dubbia compatibilità con i principi e la funzione del diritto penale di un Stato di diritto (emblematiche le attività di contrasto ed agente provocatore assegnate in materia alla polizia dall'art. 14 l. n. 269 del 1998)».

⁵¹¹ Cfr. per tutti, COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss. e quivi 888.

4.4 Pornografia virtuale (art. 600-*quater*.1, c.p.)

L'art. 600-*quater*.1 c.p.⁵¹² relativo alla pornografia virtuale è stato introdotto dalla Legge 38/2006 (art. 4), e punisce le condotte di cui agli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p. quando abbiano ad oggetto materiale pornografico che rappresenta «immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori di anni diciotto o parti di essi» con la pena prevista dalle norme suddette diminuita di un terzo.

L'incriminazione della pornografia virtuale rappresenta un'assoluta novità per il nostro sistema penale, ma, come si vedrà nel prosieguo, secondo la dottrina «solleva dubbi di compatibilità con la tecnica di redazione delle fattispecie penali improntata sul principio di determinatezza e tassatività, nonché con il rispetto dei principi di offensività e colpevolezza ed, infine, con una impostazione laica del diritto penale, conforme al principio di *extrema ratio*, secondo cui lo *ius criminale* deve intervenire solo quando le altre forme di controllo risultino inadeguate»⁵¹³.

La tecnica legislativa impiegata ed il dato formale della singolarità della numerazione utilizzata hanno indotto parte della dottrina ad interrogarsi in merito alla natura giuridica della disposizione in commento, ed in particolare alla possibilità di qualificarla come circostanza (attenuante) speciale dei reati di cui agli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p. (analogamente a quanto avviene per fattispecie che presentano struttura analoga, quali, ad esempio, gli artt. 640 e 640-bis c.p.)⁵¹⁴. Tale soluzione è tuttavia respinta dalla dottrina prevalente, che ha riconosciuto ai delitti di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. natura di autonome incriminazioni, in forza dell'autonomia funzionale, della specificità

⁵¹² Art. 600-*quater*.1 (*Pornografia virtuale*) c.p.:

«Le disposizioni di cui agli articoli 600-*ter* e 600-*quater* si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini 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».

⁵¹³ BIANCHI M., *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI M., DELSIGNORE S., Padova, 2008, 113 ss. e quivi 113-114.

⁵¹⁴ Per questa opinione, PISTORELLI L., *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 51 ss.; NATALINI A., *Stretta contro la pedopornografia in rete. Così Roma si allinea ai dettami della Ue. Minori tutelati, no al patteggiamento allargato per reati sessuali*, in *Dir. giust.*, 2006, 9, 112 ss. e quivi 114.

teleologica e del differente oggetto materiale che caratterizza i reati di pedopornografia virtuale⁵¹⁵.

L'incriminazione della c.d. "pseudo-pornografia" risponde e trova fondamento in precise istanze di tutela contenute in diversi atti internazionali, ed in particolare nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul *cybercrime* (art. 9, comma 2) e nella Decisione quadro 2004/68/GAI (art. 1, lett. b), che a loro volta affondano le proprie radici nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989 (che sanciva l'obbligo di proteggere i bambini da «ogni» forma di sfruttamento sessuale) e nel relativo Protocollo opzionale concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini entrato in vigore nel 2000 (che, all'art. 2 lett. c) prevede che «per pornografia rappresentante bambini si intende qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate, o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di un bambino a fini soprattutto sessuali»⁵¹⁶. Già in tali documenti internazionali erano emerse alcune delle problematiche circa l'incriminabilità delle condotte oggi previste e punite nell'ordinamento italiano dall'art. 600-*quater*.1 c.p., per il naturale conflitto tra un'assoluta tutela della personalità del minore ed altri diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla *privacy*, tanto da indurre sia il legislatore comunitario sia quello internazionale a lasciare ampio spazio alla discrezionalità degli Stati nel definire l'ampiezza della pretesa punitiva, il carattere e la portata delle sanzioni.

Preliminarmente, deve osservarsi come, nell'ambito della "pseudo-pornografia", che si contrappone alla pornografia "reale" o "tradizionale", devono essere ricondotte tre diverse categorie di immagini pedopornografiche non reali: i) la c.d. "pornografia apparente", ovvero la rappresentazione di adulti reali con sembianze infantili o adolescenziali (ad esempio, per caratteristiche fisiche o perché affetti da nanismo, o perché strutturalmente efebici); ii) la c.d. "pornografia parzialmente virtuale", ovvero il prodotto di fotomontaggi o di altre operazioni di creazione di immagini volte ad

⁵¹⁵ BIANCHI M., *Commento all'art. 600-*quater*.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss. e quivi 287; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 160.

⁵¹⁶ Per un'analisi della disciplina della pornografia virtuale nell'ordinamento statunitense e nei principali ordinamenti europei, v. RAFFAELLI R., *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, 781 ss.

affiancare il volto di un minore al corpo di un adulto e viceversa, oppure a creare *collage* costituiti da parti del corpo di un minore in carne ed ossa ed altre parti o contesti generati del tutto artificialmente mediante sofisticati programmi *software*; iii) «pornografia totalmente virtuale», ovvero immagini completamente artificiali, che, seppur realistiche, sono esclusivamente il frutto dell'uso di tecnologie grafiche avanzate e della creatività del realizzatore (a tale fattispecie, caratterizzata da un inferiore disvalore, ha aperto la strada per la prima volta l'art. 1, lett. b, della Decisione quadro 2004/68/GAI)⁵¹⁷.

Diversamente che per la nozione di pornografia, il legislatore ha, in questo caso, sentito l'esigenza di definire l'oggetto materiale del reato, ovvero cosa debba intendersi per «immagini virtuali»: per espressa previsione di legge, infatti, la locuzione sta ad indicare le «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»⁵¹⁸.

Tale formulazione, tuttavia, risulta oscura; la locuzione utilizzata dal legislatore, infatti, non consente di stabilire se siano necessarie all'integrazione del reato immagini parzialmente virtuali e se il reato medesimo si estenda anche alle immagini totalmente virtuali, né di comprendere cosa debba intendersi attraverso l'espressione indefinita «parti del corpo», né ancora di identificare esattamente la tipologia e la qualità delle immagini richieste dalla fattispecie incriminatrice in esame, rendendo l'oggetto materiale dei delitti di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. privo del necessario requisito di determinatezza⁵¹⁹.

La dottrina ha cercato pertanto di interpretare la norma in commento, ma è divisa sul punto.

Secondo un'autorevole opinione, sulla base anche di una lettura combinata dei commi 1 e 2 e di un approfondito esame dei lavori preparatori, al fine di individuare quale

⁵¹⁷ BIANCHI M., *Commento all'art. 600-*quater*.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss. e quivi 244.

⁵¹⁸ Testualmente, BIANCHI M., *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI M., DELSIGNORE S., Padova, 2008, 113 ss. e quivi 113.

⁵¹⁹ BIANCHI M., *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI M., DELSIGNORE S., Padova, 2008, 113 ss. e quivi 120.

materiale pedopornografico artificiale debba considerarsi penalmente rilevante *ex art. 600-quater.1 c.p.*, la nuova incriminazione non comprenderebbe le immagini totalmente virtuali, vale a dire quelle che non comportano l'utilizzo nemmeno in parte dell'immagine di un minore⁵²⁰.

Secondo una diversa posizione, una tale interpretazione non sarebbe invece atta a soddisfare nessuna delle due esigenze espresse in sede internazionale, ovvero la disincentivazione delle condotte prodromiche rispetto ai reati sessuali implicanti l'utilizzo di minori in carne e ossa sulla base della presunta (e da alcuni criticata⁵²¹) natura criminogena del materiale pedopornografico, e, sotto il profilo processuale, il superamento delle difficoltà probatorie in punto di dolo connesse al problematico accertamento della consapevolezza del reo della natura reale ovvero virtuale del minore rappresentato. Qualora si aderisse alla tesi dell'esclusione della pornografia totalmente virtuale dall'ambito di applicazione dell'*art. 600-quater.1 c.p.*, si finirebbe infatti per ricondurre il carattere criminogeno del materiale pedopornografico addirittura alla "verosimiglianza" delle immagini di minori, nonché per ampliare le difficoltà probatorie in quanto la norma non si applicherebbe alla pornografia apparente e totalmente virtuale, in concreto difficilmente riconoscibili come tali. Sulla base di tali argomentazioni, secondo questa opinione dottrinale, il dato letterale non consentirebbe l'interpretazione restrittiva sopra riferita e pertanto l'esclusione dall'oggetto materiale della pornografia apparente e di quella totalmente virtuale, anche in considerazione del

⁵²⁰ In tal senso, BIANCHI M., *Commento all'art. 600-quater.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss., che svolge una dettagliata disamina anche dei lavori preparatori. L'Autrice ritiene di rinvenire un ulteriore argomento a supporto della tesi interpretativa prospettata nell'analisi, in chiave comparatistica, della nota sentenza *Ashcroft v. Free Speech Coalition* della United States Supreme Court (United States Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), 16 aprile 2002, accessibile all'indirizzo <http://supreme.justia.com/us/535/234/case.html>), *leading case* in materia di pedopornografia virtuale. Con tale pronuncia, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima per violazione del I Emendamento l'incriminazione della pseudo-pornografia di cui alle lettere b) e d) della *Section 2256 (8)* del codice penale degli Stati Uniti come emendato dal *Child Pornography Prevention Act* del 1996, che aveva esteso la nozione di pornografia ricomprendendovi la pornografia apparente, parzialmente virtuale e totalmente virtuale. La Corte, in particolare, afferma che l'asserito *grooming effect* che il legislatore aveva ricollegato alla fruizione di pedopornografia virtuale non è di per sé sufficiente a fondare un'ipotesi di responsabilità penale. V. inoltre, nello stesso senso, MONTELEONE M., *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella L. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Giur. merito*, 2007, 2196 ss. e quivi 2205.

⁵²¹ Cfr. in tal senso, COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss. e quivi 877, che afferma che la pornografia virtuale e quella apparente non mettono in pericolo il bene giuridico tutelato dalle norme di cui agli artt. 600-bis e seguenti c.p. ed anzi la loro visione potrebbe avere un positivo effetto catartico, cosicché non dovrebbero essere in alcun modo sanzionate.

fatto che l'ottica del legislatore era quella di «stroncare sul nascere il circolo di domanda e offerta del materiale pedopornografico, sulla base della sua asserita – a torto o a ragione – attitudine deviante». Si osserva, peraltro, che la norma di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. risulta in ogni caso «inappagante», in quanto infedele agli strumenti internazionali, non contemplando cause di non punibilità o esclusione della tipicità onde limitare l'area dell'incriminazione in casi problematici, come quando sussista il consenso della persona ritratta che abbia raggiunto i quattordici anni e/o il soggetto attivo dei reati sia un minore⁵²².

Una seconda questione interpretativa problematica concerne la nozione di «parti di minori».

Secondo la dottrina prevalente, al fine di assicurare alle incriminazioni di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. la necessaria idoneità offensiva, a fronte della locuzione indefinita utilizzata dal legislatore è necessario propendere per un'interpretazione restrittiva, secondo cui rientrerebbero nell'ambito di applicazione della norma in commento le sole parti del minore che siano «riconoscibili», ovvero che consentano l'identificazione del minore, in quanto solo in tal modo si rinviene il pericolo per il bene giuridico tutelato, del corretto sviluppo psico-fisico del minore in relazione alla dimensione sociale della sua personalità⁵²³.

Un'ulteriore questione oggetto di discussione è rappresentata dalla riconducibilità nell'ambito della pornografia virtuale dei disegni, dei cartoni animati, dei fumetti, dei dipinti, nonché delle rappresentazioni grossolane.

⁵²² DI GIOVINE O., *sub art. 600-quater.1 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Milano, 2007, 3632 ss.

⁵²³ Per tale ricostruzione interpretativa, BIANCHI M., *Commento all'art. 600-quater.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss. e quivi 279 ss., che, a sostegno della proposta interpretazione, che non contrasta ma comunque forza l'interpretazione letterale della norma, richiama – in un'ottica comparatistica – la norma di cui alla lett. c) della S.2256 del codice penale degli Stati Uniti che incrimina le rappresentazioni visive che sono state create, modificate o adattate in modo tale da far sembrare che un minore identificabile sia coinvolto in un'attività sessualmente esplicita. La norma – l'unica in materia di pornografia virtuale a non aver suscitato dubbi di legittimità costituzionale – contiene una dettagliata nozione di “minore identificabile”, definito come: A) «una persona che: (i) (I) era un minore nel momento in cui l'immagine è stata creata, adattata o modificata; ovvero (II) una persona di cui è stata utilizzarla un'immagine che la rappresenta in qualità di minore per la creazione, adattamento, modificazione di un'immagine visiva; e (ii) che risulta riconoscibile come persona realmente esistente (*actual*) per il volto, per somiglianza, o per altre caratteristiche distintive quali una singolare (*unique*) voglia (*birthmark*) o un lineamento riconoscibile»; B) il termine minore identificabile non deve essere inteso nel senso che sia richiesta la prova dell'identità del minore medesimo. Nello stesso senso, v. inoltre, COCCO G., *Pornografia minorile*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I reati contro le persone*, a cura di COCCO G., AMBROSETTI E.M., Padova, 2007, 267.

Parte della dottrina, stante il dettato letterale dell'art. 600-*quater*.1 c.p. ed alla luce anche dei lavori preparatori, propende per la soluzione negativa, in particolare sulla base della locuzione «far apparire come vere situazioni non reali» introdotta dal legislatore, che, facendo un passo avanti rispetto alle espressioni «far apparire come vere» contenute nei citati documenti internazionali, mira a circoscrivere l'ambito di applicabilità della norma alle sole immagini di elevata qualità, realizzate al *computer* mediante appositi sofisticati *software* grafici in grado di non far percepire all'osservatore esterno che si tratta di immagini artificialmente realizzate⁵²⁴.

Diversamente, secondo una diversa opinione dottrinale, la locuzione «una tecnica di elaborazione grafica» utilizzata dal legislatore è così vaga da consentire al contrario, almeno formalmente, di ricomprendere nell'area di tipicità della norma sia immagini di qualità grossolana, sia dipinti o disegni, con esiti aberranti. Questi Autori auspicano pertanto che la giurisprudenza intervenga a ridimensionare il potenziale della novella, considerato peraltro che già la fattispecie astratta si caratterizza per una certa inoffensività, a testimonianza del fatto che il legislatore ha inteso spingere il proprio intervento fino alla repressione di «comportamenti ritenuti comunque idonei a soddisfare il pubblico di coloro che coltivano la perversione sessuale, anche quando questi non coinvolgano direttamente dei minori reprimere comportamenti», spostando così la propria attenzione dal minore alla perversione sessuale del pedofilo⁵²⁵. Il pedofilo è visto come «portatore di un'abietta patologia (che ne indurrebbe eccitazione anche sol guardando il braccio di un ragazzino di dieci anni)», cosicché il legislatore

⁵²⁴ BIANCHI M., *Commento all'art. 600-*quater*.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss. e quivi 281 ss.; MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 300.

⁵²⁵ PISTORELLI L., *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 51 ss. e quivi 52; PECCIOLI A., *Le norme penali. Commento a l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 939 ss. e quivi 946-947; MORRONE A., *Abuso e sfruttamento sessuale dei minori: tipologia dell'autore e problematiche penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1424 ss. e spec. 1429, che evidenzia come la disciplina introdotta dalla Legge 269/1998 rappresenti un'ulteriore testimonianza della recente tendenza del legislatore, a fronte di fenomeni socialmente intollerabili o difficili da arginare, di introdurre norme penali che colpiscono l'utente finale, stante la difficoltà di arrivare ad individuare e punire l'autore delle attività illecite. Quale conseguenza, «la l. 3 agosto 1998, n. 269, solo marginalmente colpisce gli autori di violenze sessuali a danno di minori, orientandosi invece a ricomprendere nel concetto di "pedofilia" – sanzionandole con pena detentiva – condotte che non si estrinsecano in forme di contatto fisico con minori, e che sono strettamente legate alla sfera della sessualità; condotte alle quali sovente sono sottesi motivi non riconducibili all'istinto sessuale (o a sue deviazioni), ma di natura meramente patrimoniale», con l'effetto – grave – di «far entrare nel circuito penitenziario persone che non sono affette da malattia mentale o da disturbi della personalità, ma che presentano caratteristiche socio-demografiche profondamente differenti dallo stereotipo di autore di reati sessuali elaborato dalla criminologia o desumibile dall'attuale contesto carcerario».

individua l'oggetto del reato – e della relativa sanzione – nella perversione propria dell'agente, non nell'eventuale lesione di un bene facente capo direttamente al minore⁵²⁶.

Le problematiche interpretative sin qui esaminate si ricollegano tutte alla più generale questione della dubbia oggettività giuridica della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p., che, secondo la miglior dottrina, è stata introdotta «con funzione del tutto preventiva, configurante incriminazioni lontanamente arretrate: specie di *reati-ostacolo*, che tendono a prevenire il realizzarsi di azioni pedofile, effettivamente lesive dei beni della intangibilità, libertà sessuale e dignità dei minori (che restano pur sempre, ma sullo sfondo, l'oggetto finale della tutela), mediante la punizione, però, di quei fatti di pornografia virtuale per i possibili effetti criminogeni», con i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di offensività⁵²⁷.

La norma in commento attua certamente una anticipazione estrema della soglia di punibilità, in relazione peraltro a comportamenti aventi carattere virtuale ovvero non offensivi di minori in carne ed ossa⁵²⁸.

La dottrina si è espressa in termini fortemente critici in relazione all'incriminazione della pornografia virtuale fin dalla sua introduzione, ritenendo che, se ci si attiene all'interpretazione letterale del dato normativo, essa configuri un *victimless crime*, ovvero un reato che non lede una vittima in carne e ossa e non realizza alcuna offesa ad un bene giuridico individuale tutelato dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale dei minori⁵²⁹, di una fattispecie incriminatrice che «pone la sanzione penale a sostegno di una mera censura morale»⁵³⁰ e che rischia di punire più che altro un *vicious behaviour*, ovvero condotte sintomatiche di una mera riprovevolezza morale, o meglio una presunta pericolosità sociale, e pertanto l'autore-pedofilo in quanto tale.

⁵²⁶ Così, MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 300.

⁵²⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 472; BIANCHI M., *Commento all'art. 600-*quater*.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss. e quivi 301 ss.; DI LUCIANO F., *Lineamenti critici del reato di pedopornografia «virtuale»*, in *Cass. pen.*, 2006, 2627 ss.

⁵²⁸ PISTORELLI L., *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 51 ss. e quivi 52.

⁵²⁹ CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss. e quivi 43.

⁵³⁰ MANNA A., RESTA F., *I delitti in tema di pedopornografia alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006, 221 ss. e quivi 224.

La norma in commento, in sostanza, verrebbe a punire la pedopornografia come fatto culturale, ritenuto contrario ad una certa morale pubblica e connesso ad una realtà di abusi sessuali sui minori⁵³¹.

Una tale interpretazione dell'oggettività giuridica dell'art. 600-*quater*.1 c.p. avrebbe conseguenze di non poco momento, anche in relazione all'elemento soggettivo del reato (il dolo, la cui forma corrisponde e varia a seconda di quella prevista per le condotte di cui agli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p., e pertanto dolo diretto per il reato di detenzione di pornografia virtuale e dolo generico negli altri casi), in particolare in materia di errore.

In relazione alle condotte diverse dalla "produzione" di pornografia virtuale, infatti, si è discusso in dottrina circa il trattamento da riservare a quei soggetti che ritengono che la propria condotta abbia per oggetto materiale virtuale che invece è reale o viceversa.

Peraltro, stante l'evanescenza della nozione di pornografia virtuale, di pura creazione legislativa, ed il riferimento alla necessaria "verosimiglianza", l'errore sul fatto potrebbe non essere infrequente. Se si ritiene – come fa la dottrina prevalente – che i delitti di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. rappresentino autonome incriminazioni rispetto a quelle di cui ai precedenti artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p., dovrebbe concludersi che il soggetto che erra sulla natura virtuale o reale del materiale deve andare esente da pena, difettando l'elemento soggettivo doloso della fattispecie realizzata, salvo ricostruire – ove possibile (con esclusione pertanto dell'art. 600-*quater* c.p., per la presenza dell'avverbio «consapevolmente») l'elemento soggettivo nella forma del dolo eventuale (l'agente che diffonde materiale pedopornografico reale credendolo virtuale accetta comunque il rischio che sia reale, e, viceversa, il reo di diffusione di materiale reale accetta il rischio che sia virtuale). A fronte di tale prospettiva di impunità, palesemente contraria al senso di giustizia, la medesima dottrina propone di applicare invece, per il caso in cui il reo creda che il materiale sia virtuale, il più mite regime dell'art. 600-*quater*.1 c.p., in quanto, in tale ipotesi, il dolo abbraccerebbe *a fortiori* quello della pedopornografia virtuale⁵³².

⁵³¹ Per questa opinione, COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss. e quivi 878.

⁵³² Suggestisce questa soluzione, BIANCHI M., *Commento all'art. 600-*quater*.1 c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 243 ss. e quivi 283-284, muovendo dalla considerazione che, al di là della tecnica di tipizzazione scelta dal legislatore, «In un certo senso è come se la pornografia reale, da un lato, e la pornografia

Si ribadisce in ogni caso che, anche accogliendo questa impostazione, l'accertamento del dolo rimane problematico, anche per la mancata previsione da parte del legislatore italiano di cause di esclusione della tipicità o della colpevolezza che invece erano state contemplate dal legislatore internazionale e comunitario al fine di circoscrivere l'ambito delle delicate e complesse incriminazioni in esame⁵³³.

Tornando alla *ratio* di tutela sottesa all'art. 600-*quater*.1 c.p., secondo altra parte della dottrina questa sarebbe rappresentata da un nuovo bene giuridico, sovraindividuale, «la dignità umana dei minori nella sfera sessuale» (bene giuridico distinto pertanto da quello della «libertà di autodeterminazione sessuale» del singolo minore in carne ed ossa proprio dei delitti di prostituzione minorile e atti sessuali con minorenni); tale nuovo bene giuridico esisterebbe in capo alla categoria dei minori come gruppo, meritevole nel suo insieme di riconoscimento e rispetto di fronte alla circolazione di immagini e stimoli che la espone a rapporti di mercificazione e sfruttamento. In quest'ottica, l'incriminazione della pedopornografia virtuale, ritenuta suscettibile di incrementare il mercato della pedopornografia reale e di indurre i fruitori a commettere delitti di pedofilia, sarebbe espressione di una scelta politico-criminale di tutela ad ampio raggio dei minori⁵³⁴.

Alla luce delle problematiche sin qui esaminate, risulta evidente come la pornografia virtuale di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p., fermo restando che trattasi di un'assoluta novità per il sistema penale italiano, si ponga ai margini della nostra tradizione giuridico-

virtuale, dall'altro, rappresentassero due parti di un *unicum* delittuoso, come se esaurissero tutte le possibili forme e manifestazioni di pericolo per il bene giuridico dello sviluppo psico-fisico del minore». È questo stretto vincolo che lega le norme in oggetto a far sì che sia possibile realizzare una fattispecie con il dolo dell'altra, benché esse non siano inserite in una relazione di specialità formale. Ecco perché sarebbe, forse, logica e giustificabile un'estensione della teorica dell'errore sugli elementi differenziali ai casi in cui la divergenza tra voluto e realizzato riguardi reati che non si trovino in rapporto di specialità ma appartengano ad un medesimo gruppo di delitti, tendano alla tutela del medesimo bene giuridico e si differenzino in relazione all'oggetto materiale del reato».

⁵³³ Così, DI GIOVINE O., *sub* art. 600-*quater*.1 c.p., in AA.VV., *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Milano, 2007, 3632 ss.

⁵³⁴ Per tale interessante prospettiva, PICOTTI L., *La nuova legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in Internet (legge 6 febbraio 2006, n. 38) – Parte I e Parte II*, in *Studium iuris*, 2007, 1059 ss. e 1196 ss. *Contra*, BIANCHI M., *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in AA.VV., *I delitti di pedopornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI M., DELSIGNORE S., Padova, 2008, 113 ss. e quivi 137, che sottolinea come la prospettata interpretazione si fondi sul riferimento ad un interesse, quello della dignità umana, troppo vago e indeterminato, esponendo la tesi a «solide obiezioni in termini di inoffensività e inidoneità ad assurgere a bene giuridico tutelabile dal diritto penale, le stesse mosse al bene moralità pubblica e al buon costume».

penale, in quanto poco rispettosa dei principi di determinatezza ed offensività dell'illecito penale.

All'evidenza, si tratta di un'incriminazione che nasce sulla base di istanze di fonte internazionale e che risponde certamente in parte alle diverse logiche che tali istanze caratterizzano e che prescindono anzitutto dal rispetto dei principi di ordine costituzionale cui i legislatori nazionali sono invece vincolati.

Tuttavia, deve al contempo osservarsi come anche il mancato recepimento di alcune indicazioni presenti nei documenti internazionali (cause di esclusione della tipicità e della colpevolezza), hanno aggravato tale profilo critico, facendo sì che fosse introdotto nel Codice penale un reato-ostacolo che attua una anticipazione estrema della soglia di punibilità penale, in relazione peraltro a fatti di natura "virtuale" che incentrano il disvalore penale più su una presunta perversione sessuale dell'autore-pedofilo che su una "reale" offesa a minori in carne ed ossa, anche se, convenendo con certa dottrina, si può rinvenire una certa offensività delle condotte punite dall'art. 600-*quater*.1 c.p. facendo riferimento al (comunque vago) bene giuridico della dignità umana dei minori nella sfera sessuale.

L'art. 600-*quater*.1 c.p. contiene un'incriminazione molto ampia e severa, che sembra ancora una volta mostrare come il nobile scopo del legislatore di ampliare la tutela di ogni forma dell'aberrante crimine di sfruttamento sessuale dei minori, abbia purtroppo partorito anche talune «aberrazioni giuridiche» che finiscono per porsi piuttosto in un'ottica di guerra al nemico pedofilo e risultare così nella pratica quantomeno parzialmente inefficaci ai fini di un'effettiva azione di contrasto coerente con i principi fondamentali del nostro sistema penale.

Sotto diverso profilo, questa norma meglio di ogni altra rende evidente il determinante influsso delle nuove tecnologie, sia sulla tipizzazione dell'illecito penale, sia, più in generale, sulle scelte di politica criminale. Infatti, alla pressione proveniente dalle fonti internazionali, si sono affiancati, nella fase di elaborazione della legislazione contro i fenomeni di pedofilia e pedopornografia, un generalizzato allarme ed una unanime richiesta di adottare severe misure di contrasto contro i pedofili e contro comportamenti posti in essere in modo estremamente diffuso su una "demonizzata" rete Internet.

4.5 Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.)

L'art. 600-*quinquies* c.p.⁵³⁵ introduce nel nostro ordinamento un reato di pericolo astratto (organizzazione) ed un reato-ostacolo (propaganda) di viaggi diretti – anche in modo non esclusivo – allo sfruttamento della prostituzione minorile, con finalità di contrasto dell'industria del turismo sessuale in un'ottica di prevenzione generalizzata, con conseguente anticipazione della soglia di punibilità a condotte qualificabili come «atti preparatori», distanti rispetto al bene della tutela della libertà psico-fisica del minore⁵³⁶.

Pur nel silenzio della legge, si ritiene pacificamente che il generico riferimento ai «minori» debba intendersi come riferimento ai minori degli anni diciotto.

L'incriminazione in esame, qualificante la Legge 269/1998 (nel cui titolo compare appunto anche il «turismo sessuale a danno di minori»), rappresenta una novità per il panorama penalistico italiano, introdotta al fine di impedire l'incontro della domanda e dell'offerta di prostituzione minorile, ed a colpire un fenomeno in costante crescita la cui diffusione è favorita dalla generale impunità dei clienti ed dei *tour operator* a causa della mancata adozione da parte degli Stati di una disciplina normativa comune in materia.

Si tratta di una fattispecie incriminatrice introdotta in attuazione di sollecitazioni internazionali, provenienti in particolare dall'Organizzazione Mondiale del Turismo (si pensi, in particolare, alla Dichiarazione sulla prevenzione del turismo sessuale organizzato del 1995 e alla Dichiarazione per la protezione dei bambini dallo sfruttamento sessuale nel turismo e relativo Piano di azione del 1996) e dall'Unione

⁵³⁵ Art. 600-*quinquies* (*Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile*) c.p.:

«Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da 15.493 euro a 154.937 euro».

⁵³⁶ VENEZIANI P., *Commento all'art. 600-quinquies c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 311 ss.; MONACO L., *sub artt. 600-quinquies c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ E., Padova, 2008, 1663 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 436. Nel testo approvato della disposizione è stato soppressa la locuzione «verso l'esterno», con l'effetto di rendere penalmente rilevanti anche i viaggi «domestici» che, seppur criminologicamente marginali, paiono dotati di un'apprezzabile lesività (in tal senso, v. PATALANO V., *Il ddl anti-pedofilia cerca il consenso, ma «chiede troppo» al diritto penale*, in *Guida dir.*, 1998, 27, 9 ss. e quivi 10).

europea (si pensi, in particolare, alla Comunicazione della Commissione relativa al turismo sessuale che coinvolge l'infanzia del 1996)⁵³⁷.

Per quanto concerne la tecnica legislativa utilizzata, la dottrina ha evidenziato una serie di incongruenze nella disposizione in esame: la difformità tra il testo della norma che parla di «fruizione» e la rubrica, in cui compare invece il termine «sfruttamento», che pertanto in tal caso non ha il significato di cui all'art. 600-*bis* c.p., ma deve essere inteso in senso «atecnico-vittimologico e genericamente onnicomprensivo di strumentalizzazione prostituzionale del minore» come nella rubrica e nel preambolo della Legge 269/1998, nonché nei documenti internazionali che l'hanno ispirata; una seconda difformità tra rubrica e testo della norma, con riferimento alle espressioni «iniziative turistiche» e «viaggi turistici», quest'ultima corretta in quanto idonea a riferirsi ad entrambe le categorie di viaggi prospettate («finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori» e «comunque comprendenti tale attività»); l'impropria formulazione dell'espressione «comunque comprendenti tale attività» riferita ai viaggi anziché alla finalità di fruizione di attività di prostituzione a danno di minori⁵³⁸.

Per quanto concerne l'elemento materiale del reato, si ritiene il delitto presupponga la presenza di un minimo carattere di “imprenditorialità”, da intendersi come attività svolta a fine di lucro e con una certa continuità, o comunque con caratteristiche tali da renderla “professionale”⁵³⁹; diversamente opinando, è stato correttamente osservato che dovrebbe prendersi atto che la norma in commento, in relazione alla incriminazione della condotta di mera propaganda, avrebbe punito un semplice manifestazione del pensiero, con conseguente inammissibile anticipazione della soglia di rilevanza penale⁵⁴⁰.

⁵³⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 436.

⁵³⁸ Per queste osservazioni, MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 436.

⁵³⁹ FLORA G., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 ss. e quivi 733. In senso parzialmente difforme, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, II, I, I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 163, che ritengono al contrario sufficiente il fine di lucro.

⁵⁴⁰ Cfr. per tutti, in tal senso, ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009, 148.

A prescindere dal richiesto carattere di imprenditorialità, trattandosi di reato eventualmente abituale, sarà sufficiente ad integrare la fattispecie anche l'organizzazione di un unico viaggio⁵⁴¹.

Con riguardo alla condotta, questa può consistere alternativamente nell'attività di "organizzazione" o in quella di "propaganda".

Secondo la miglior dottrina, l'attività di "organizzazione" deve presentare il duplice requisito della organizzazione di un unico o più viaggi, collettivi o individuali, all'estero o anche nel territorio italiano, a favore di terze persone (attività che include i comportamenti che rendono possibile il trasferimento del fruitore nel luogo in cui potrà usufruire della prostituzione minorile, quali, ad esempio, prenotazione area, alberghiera, ricevimento all'arrivo, ecc.) e della idoneità alla realizzazione dello scopo turistico-sessuale, nel senso di porre il turista o i turisti in contatto con chi gestisce o pratica la prostituzione minorile al fine di dar loro la possibilità concreta di usufruirne (fornendo indirizzi o numeri telefonici, concordando il prezzo delle prestazioni, ecc.)⁵⁴².

La "propaganda", invece, deve presentare il duplice requisito della diffusione – sostanzialmente pubblicitaria – di materiale, messaggi o informazioni concernenti i viaggi organizzati finalizzati alla fruizione della prostituzione minorile e dell'avere per oggetto tale informazione specificamente viaggi organizzati per fruire della prostituzione minorile, anche in via non esclusiva⁵⁴³.

Con riferimento al tema specifico oggetto di questo studio, vale osservare che la diffusione pubblicitaria può avvenire con ogni mezzo, pubblico o privato, e pertanto sia a mezzo stampa, televisione e posta, sia anche per via telematica, e può riguardare sia un numero indeterminato di persone, sia una cerchia più ristretta di soggetti.

Per quanto concerne il profilo soggettivo, è discusso se la norma in esame richieda il dolo generico⁵⁴⁴ o quello specifico⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Cfr. per tutti, VENEZIANI P., *Commento all'art. 600-quinquies c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 311 ss. e quivi 321.

⁵⁴² Fornisce questa dettagliata definizione MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 437.

⁵⁴³ Sempre MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 438-439.

⁵⁴⁴ DI GIOVINE O., *sub art. 600-quinquies c.p.*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Milano, 2007, 3638 ss., che non esclude però la punibilità della condotta dell'organizzare a titolo di dolo specifico; VENEZIANI P., *Commento all'art. 600-quinquies c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 311 ss. e quivi 324.

In merito, riteniamo di dover aderire alla prima opinione, che correttamente rileva come «non si tratta, a rigore, di una fattispecie a dolo specifico perché la norma non richiede un particolare fine che il soggetto attivo deve avere di mira, ed il cui conseguimento non è in ogni caso necessario per la consumazione del reato: piuttosto, la suddetta “finalizzazione” dei viaggi si pone quale caratteristica intrinseca ed obiettivamente verificabile dei viaggi stessi, che in quanto tale deve rientrare nel fuoco dell’elemento subiettivo»⁵⁴⁶.

Altro profilo di interesse in relazione alla norma di cui all’art. 600-*quiquies* c.p. è rappresentato dall’esclusione della punibilità dei viaggiatori, ovvero di coloro a favore dei quali i viaggi sono organizzati: la norma, infatti, nel prevedere la condotta di “organizzazione” si riferisce esclusivamente all’attività rivolta a terzi e non a proprio uso.

La dottrina ritiene che la scelta operata in questo senso dal legislatore sia ragionevole ed apprezzabile, andando nel senso di non punire il pedofilo in quanto tale, diversamente da quanto avvenuto in relazione ad altre incriminazioni, tanto più in considerazione del fatto che la condotta di quest’ultimo è sottoposta al rigoroso regime di cui all’art. 600-*bis* c.p., che sanziona la pedofilia a prescindere dalla circostanza che il pedofilo abbia incontrato il minore-vittima in modo autonomo, su segnalazione di terzi, o ancora nel corso di un viaggio oggettivamente a ciò finalizzato⁵⁴⁷.

Quanto al regime sanzionatorio, questo è equiparato a quello del ben più offensivo reato *ex art. 600-bis* c.p.. Tale scelta politico-criminale operata dal legislatore è ritenuta irragionevole dalla dottrina, in considerazione del fatto che, come detto, l’art. 600-*quiquies* c.p. attua un’anticipazione dell’intervento penale nei confronti di comportamenti “strumentali” alla commissione dei più gravi delitti di prostituzione minorile e produzione di materiale pedopornografico⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Per questa opinione, MONACO L., *sub art. 600-quiquies* c.p., in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ E., Padova, 2008, 1663 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 436; PITTARO, *Le norme contro la pedofilia, A) le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1222 ss. e quivi 1228, che critica tale scelta in quanto anticipa ulteriormente la soglia della rilevanza penale, consentendo ad esempio di punire anche chi organizza un viaggio anche se poi questo non si svolge.

⁵⁴⁶ VENEZIANI P., *Commento all’art. 600-quiquies c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 311 ss. e quivi 324.

⁵⁴⁷ MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 313.

⁵⁴⁸ VENEZIANI P., *Commento all’art. 600-quiquies c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 311 ss.

5 Le disposizioni comuni ai delitti di cui agli artt. 600-bis e seguenti c.p.

Le Leggi 269/1998 e 38/2006 hanno previsto una serie di disposizioni comuni ai delitti di cui agli artt. 600-bis e seguenti c.p. in materia di circostanze speciali, confisca e alle accessorie, deroghe al principio di territorialità e molteplici ulteriori forme di tutela dei minori.

5.1 Circostanze aggravanti ed attenuanti (art. 600-sexies c.p.), confisca e pene accessorie (art. 600-septies c.p.)

L'art. 600-sexies c.p.⁵⁴⁹, introdotto dalla Legge 269/1998, prevede una serie di circostanze aggravanti ed attenuanti applicabili ai reati di prostituzione minorile e pedopornografia (nonché, in forza dell'estensione operata dalla Legge 228/2003, anche ai delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi di cui agli artt. 600, 601 e 602).

⁵⁴⁹ L'art. 600-sexies (*Circostanze aggravanti ed attenuanti*) c.p. dispone:

«Nei casi previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, primo comma, e 600-quinquies, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso in danno di minore degli anni quattordici.

Nei casi previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, e 600-ter, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, se il fatto è commesso in danno di minore, 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 da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni ovvero se è commesso in danno di minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata.

Nei casi previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, e 600-ter la pena è aumentata se il fatto è commesso con violenza o minaccia.

Nei casi previsti dagli articoli 600-bis e 600-ter, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è ridotta da un terzo alla metà per chi si adopera concretamente in modo che il minore degli anni diciotto riacquisti la propria autonomia e libertà.

Nei casi previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 600-sexies, 600-septies, 600-octies, 601, 602 e 416, sesto comma, le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura di uno o più autori dei reati ovvero per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 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».

Attraverso la previsione di tali circostanze, il legislatore ha inteso il trattamento sanzionatorio nella delicata materia dei delitti in esame il più proporzionato ed aderente possibile all'effettivo disvalore del fatto commesso.

Il comma 1 dell'art. 600-*sexies* c.p. prevede che la pena sia aggravata nel caso di fatto commesso in danno di un infraquattordicenne nei seguenti casi:

- i) induzione alla prostituzione o favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione di un minore infraquattordicenne;
- ii) sfruttamento sessuale dell'infraquattordicenne al fine di realizzare materiale pornografico;
- iii) organizzazione e propaganda di viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di infraquattordicenni.

Trattasi di circostanza aggravante di natura oggettiva e a effetto speciale, che trova il proprio fondamento nel maggior disvalore del fatto commesso a danno di un soggetto non solo minore bensì in tenera età e pertanto in una condizione di immaturità e minorazione fisica e psichica ancora maggiore.

La circostanza in esame è analoga a quella dettata materia di violenza sessuale (art. 609-*ter*, comma 1, n. 1, c.p.); tuttavia, la simmetria tra le due discipline, è solo parziale, in quanto in questa sede non è stato previsto l'aggravamento della pena nel caso di fatto commesso nei confronti di un minore degli anni dieci, come invece stabilito dall'art. 609-*ter*, comma 2, c.p. Secondo la dottrina, ciò deriva dalla circostanza che il legislatore ha preferito non appesantire troppo il testo della legge e lasciare spazio al giudice nella graduazione della pena⁵⁵⁰; peraltro, prevedendo la circostanza aggravante in commento un aumento di pena da un terzo alle metà, il trattamento sanzionatorio, nel caso di fatto commesso a danno di minore degli anni quattordici, risulta già severo.

In relazione all'applicazione di tale circostanza, nel silenzio della legge, si ritiene che nel caso di *error aetatis*, secondo i principi generali l'agente non vada esente da responsabilità nel caso in cui abbia avuto la possibilità in concreto di rendersi conto che la vittima era un minore degli anni quattordici.

Il comma 2 dell'art. 600-*sexies* c.p., invece, prevede una serie di circostanze aggravanti con aumento della pena dalla metà a due terzi, nei casi di commissione dei reati di cui

⁵⁵⁰ MELCHIONDA A., *Commento all'art. 600-sexies c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 331 ss.

agli artt. 600-*bis* e 600-*ter* c.p.⁵⁵¹ da parte di «un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro» (ipotesi parzialmente riprese dall'art. 609-*ter* c.p.).

Il severo inasprimento sanzionatorio previsto da circostanze aggravanti previste dall'art. 600-*sexies* c.p. discende dall'esistenza di un rapporto affettivo, di protezione o di affidamento con la vittima che l'autore della condotta criminosa sfrutta per commettere con più facilità il delitto, approfittando della fiducia del bambino o della propria posizione di superiorità, e deriva inoltre dalla maggior riprovevolezza di un crimine commesso in ambiti in cui il minore dovrebbe al contrario essere accudito e in cui dovrebbero essere create le condizioni per un suo sviluppo psico-fisico armonioso.

L'errore circa l'insussistenza del rapporto che la norma individua come rilevante ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante, rileva nelle ipotesi in cui il fatto sia commesso da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale (in tal caso manca il dolo dell'aggravamento e pertanto non è imputabile all'autore del fatto la circostanza *de qua*), mentre non rileva negli altri casi (posto che la sussistenza della relazione di affidamento deve essere valutata oggettivamente)⁵⁵².

Il medesimo aumento di pena è inoltre previsto nel caso in cui il fatto sia commesso da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio⁵⁵³ nell'esercizio delle loro funzioni, esercizio delle funzioni che deve costituire lo strumento o l'occasione per la commissione del reato (l'aggravante non può trovare applicazione nel caso in cui il fatto sia commesso nell'ambito di una relazione privata tra il pubblico ufficiale o l'incaricato

⁵⁵¹ Si è osservato in dottrina che l'esclusione dall'ambito di applicazione della circostanza aggravante di cui al comma 2 dell'art. 600-*sexies* c.p. delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 600-*quater* e 600-*quinqies* c.p. discende dal fatto che il detentore di materiale pornografico normalmente non conosce nemmeno l'identità delle vittime, mentre i soggetti che propagandano o organizzano il turismo sessuale a danno di minori possono già subire un inasprimento sanzionatorio mediante l'applicazione dell'aggravante di cui al comma 1 dell'art. 600-*sexies* c.p. (MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 317 ss.).

⁵⁵² MARANI S., *I 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, 346-347; MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 319.

⁵⁵³ La norma esclude invece la figura dell'esercente un servizio di pubblica utilità.

di pubblico servizio e la vittima)⁵⁵⁴; la *ratio* del più severo trattamento sanzionatorio consiste nella maggior pericolosità di una condotta delittuosa in relazione alla quale la vittima versi in una condizione di soggezione psichica.

Ancora, la pena è aumentata nella misura sopra indicata quando il fatto è commesso in danno di minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata, per la sussistenza nella vittima di una condizione di minorata difesa⁵⁵⁵.

L'ultima circostanza aggravante, prevista dal comma 3 dell'art. 600-*sexies* c.p. ed applicabile limitatamente ai reati di cui all'art. 600-*bis*, comma 1, e 600-*ter* c.p., prevede un aumento di pena nel caso in cui il fatto sia commesso con violenza⁵⁵⁶ o minaccia⁵⁵⁷.

Si tratta di un'aggravante ad effetto comune che ha riguardo all'uso della violenza o della minaccia per coartare la volontà del minore al fine di indurlo o favorirne o sfruttarne la prostituzione ovvero a farlo partecipare ad esibizioni o produzioni di materiale pornografico ottenuto mediante un suo sfruttamento sessuale.

Con riferimento invece alle circostanze attenuanti, il comma 4 dell'art. 600-*sexies* c.p. contempla un'unica circostanza attenuante in materia di delitti di pedofilia, ovvero il

⁵⁵⁴ In materia di violenza sessuale, l'art. 609-*ter* c.p. prevede l'aggravamento della pena quando il fatto sia commesso da persona che simuli la qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

⁵⁵⁵ Ha osservato la dottrina che nel caso in cui la condizione di minorata difesa sia naturale l'autore del reato risponde del delitto aggravato, mentre, nel caso in cui sia provocata, gli sarebbe imputato anche il concorso materiale nel reato di cui all'art. 613 (*Stato di incapacità procurato mediante violenza*) c.p. (MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 319.).

⁵⁵⁶ La violenza può essere fisica (rivolta contro la vittima), reale (rivolta contro cose), fine (esercitata per arrecare danno al soggetto passivo) o mezzo (utilizzata per coartare la libertà di autodeterminazione del minore), e consiste nello «impiego di energia fisica la quale, anche se non spinta fino ai limiti della brutalità, sia di intensità tale da non permettere alla vittima alcuna forma di reazione. La coartazione è tale, in altre parole, da non lasciare al soggetto passivo del reato altra scelta se non quella di soggiacere al volere del carnefice» (MARANI S., *I 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, 348).

⁵⁵⁷ Per "minaccia" deve intendersi «la prospettazione di un male di notevole intensità, la cui verificazione dipende esclusivamente dal volere del soggetto agente. In questo caso alla vittima rimane una duplice possibilità. Da un lato, questa può decidere di soggiacere alle richieste del colpevole, evitando il male minacciato, mentre, dall'altro, può rifiutare di accettare le condizioni ed il volere dell'agente, rimanendo travolta dal male prospettato da quest'ultimo. Proprio in questo risiede l'effetto coartante della minaccia (MARANI S., *I 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, 347-348).

ravvedimento operoso⁵⁵⁸, consistente nel fatto di adoperarsi concretamente in modo che la vittima riacquisti la propria autonomia e libertà.

Si tratta di una circostanza soggettiva speciale, in quanto trova applicazione con esclusivo riferimento ai reati di cui agli artt. 600-*bis* e 600-*ter* c.p., e ad effetto speciale, comportando una diminuzione della pena da un terzo alla metà.

Trattasi di circostanza evidentemente di carattere premiale, prevista a favore del reo che torna alla legalità liberando il minore e sottraendolo così al mercato della schiavitù sessuale⁵⁵⁹.

Secondo la dottrina prevalente⁵⁶⁰, l'avverbio «concretamente» dovrebbe aggiungersi agli avverbi «spontaneamente» ed «efficacemente» di cui all'art. 62 c.p., cosicché la circostanza attenuante risulterebbe applicabile «non solo nel caso in cui il minore consegua una totale ed effettiva liberazione nei confronti del colpevole, ma anche nell'ipotesi in cui ci sia un, seppur limitato, ripristino della libertà, ancora in parte compromessa, sempre che si tratti di un intervento spontaneo, ovvero non imposto da circostanze esterne, ed effettivo, ovvero non presunto».

Infine, si noti come l'ultimo comma dell'art. 600-*sexies* c.p. sottrae le circostanze aggravanti di cui ai commi 1 e 2 dal giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti (diverse da quella di cui all'art. 98 c.p.) concorrenti, escludendo *a priori* la possibilità di pervenire ad un giudizio di equivalenza o prevalenza di quest'ultime sulle aggravanti e prevedendo che la riduzione di pena operi esclusivamente sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente all'applicazione delle aggravanti medesime.

Quanto alle pene accessorie alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per i reati di sfruttamento sessuale dei minori ed in generale per tutti i reati previsti nella sezione del Codice penale relativa ai delitti contro la personalità individuale, la norma di cui all'art. 600-*septies* c.p.⁵⁶¹ prevede una

⁵⁵⁸ Il Codice penale contempla tale circostanza anche con riferimento alle fattispecie del sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione (art. 289-*bis* c.p.) e del sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).

⁵⁵⁹ Autorevole dottrina ha osservato come l'ampiezza e la scarsa chiarezza della formulazione letterale della norma sia suscettibile di favorirne un'applicazione semplificata con conseguente generale mitigazione del regime sanzionatorio che si è voluto prevedere per le gravi ipotesi delittuose in esame (MONACO L., *sub* art. 600-*septies* c.p., in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1664 ss.).

⁵⁶⁰ Cfr. ancora, per tutti, MARANI S., *I 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, 350.

⁵⁶¹ L'art. 600-*septies* (*Confisca e pene accessorie*) c.p. dispone:

disciplina specifica ed estremamente severa, differente da quella dettata in via generale dagli artt. 28 e seguenti c.p., che si combina con l'istituto della confisca, al fine di colpire i beni, gli strumenti e le attività commerciali che sono stati utilizzati per la commissione dei suddetti delitti anche al fine di renderli non più fruibili per il futuro.

Il comma 1 della norma in esame prevede, infatti, che sia «sempre» ordinata la misura di sicurezza patrimoniale della confisca di cui all'art. 240 c.p.⁵⁶², salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni.

Si tratta di un'ipotesi speciale di confisca, inderogabile, che prescinde dalla distinzione tra confisca obbligatoria e facoltativa di cui all'art. 240 c.p., e che risulta analoga alla confisca prevista dagli artt. 416-*bis* e 644 c.p., e come questa dettata in ragione della gravità del delitto perseguito e con finalità di difesa sociale della collettività⁵⁶³.

La finalità della confisca in materia di reati di pedofilia è duplice: da un lato, la repressione dell'attività che dal turpe mercimonio dell'infanzia mira a ricavare un profitto, con annullamento del profitto medesimo, dall'altro lato, la dissuasione.

«Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i delitti previsti dalla presente sezione è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni ed al risarcimento dei danni, la confisca di cui all'articolo 240 e, quando non è possibile la confisca di beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto. In ogni caso è disposta la chiusura degli esercizi la cui attività risulta finalizzata ai delitti previsti dalla presente sezione, nonché la revoca della licenza d'esercizio o della concessione o dell'autorizzazione per le emittenti radiotelevisive.

La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti di cui al primo comma comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori».

⁵⁶² L'art. 240 (*Confisca*) c.p. prevede:

«Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto.

È sempre ordinata la confisca:

- 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;
- 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

Le disposizioni della prima parte e del numero 1 del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato.

La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa».

⁵⁶³ Parte della dottrina ha rilevato come la formulazione dell'art. 600-*septies* c.p. non risulti sotto tale profilo particolarmente felice, considerato che, nell'introdurre un'ipotesi di confisca inderogabile, contiene un generico riferimento all'art. 240 c.p., che contempla invece sia ipotesi di confisca facoltativa sia ipotesi di confisca obbligatoria. Per tale via si è voluta limitare la discrezionalità del giudice nell'applicazione di tale misura che risulta centrale nella materia in esame, nel segno del rigore della disciplina dettata per la repressione dei gravissimi delitti contro la personalità individuale (VENEZIANI P., *sub art. 600-septies c.p.*, in AA.VV., *Commentario sulle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 369).

Qualora non sia possibile procedere alla confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, la misura sarà eseguita per equivalente sui beni di cui il reo ha la disponibilità e per un valore corrispondente al suddetto profitto.

Nella seconda parte del comma 1 dell'art. 600-*septies* c.p. è prevista inoltre l'applicazione inderogabile di due pene accessorie: la chiusura degli esercizi la cui attività sia finalizzata alla commissione di delitti contro la libertà individuale e la revoca della licenza di esercizio o della concessione o della autorizzazione per emittenti radiotelevisive⁵⁶⁴.

Infine, il comma 2 dell'art. 600-*septies* c.p., che è stato introdotto dalla Legge 38/2006, ha opportunamente previsto una disposizione di chiusura in materia di pene accessorie in relazione ai reati di sfruttamento sessuale dei minori, prevedendo che la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei suddetti delitti comporti «in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori», misura assolutamente nuova. È chiaro l'intento del legislatore di evitare in qualsiasi modo che il colpevole di uno dei reati in commento possa accedere a luoghi che accolgono e si occupano della loro formazione dei minori, potendo avere una qualsiasi forma di contatto costante con quest'ultimi.

In dottrina, peraltro, non si è mancato di osservare che non sono state previste dal legislatore le sanzioni della perdita della potestà di genitore e dell'interdizione dagli uffici attinenti la tutela e la curatela; in merito, vi è chi ha sostenuto che tale lacuna risulterebbe superata riferendosi all'art. 28 c.p. ed all'art. 6 Legge 75/1958⁵⁶⁵.

In relazione alla regime sanzionatorio illustrato, è stato rilevato che esso pone problemi sia interpretativi sia di coordinamento con la disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001, che ha esteso al settore dei delitti contro la personalità individuale la responsabilità penale della persona giuridica per fatti di reato commessi nel suo interesse da soggetti che la rappresentano o agiscono per suo conto, prevedendo, tra l'altro, la responsabilità

⁵⁶⁴ Si è osservato in dottrina come la previsione in esame, estremamente rigorosa, non vada esente da critiche sotto il profilo della ragionevolezza, considerato che contempla misure che talvolta non colpiscono direttamente l'autore del reato bensì un'attività commerciale, senza aver riguardo alla distinzione tra autori materiali della condotta penalmente illecita e gerenti dell'attività commerciale o dell'emittente radiotelevisiva (così, MARANI P., FRANCESCHETTI S., *I reati in materia sessuale*, Milano, 2006, 258; MENGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2007, 328).

⁵⁶⁵ MONACO L., *sub art. 600-*septies* c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1665 ss.

dell'ente per il pagamento delle sanzioni pecuniarie (art. 25-*quiquies*), una serie di misure interdittive, inclusa l'interdizione perpetua allo svolgimento dell'attività, e l'applicabilità della confisca dei profitti illecitamente conseguiti (art. 13)⁵⁶⁶.

5.2 La problematica individuazione del *locus commissi delicti*, della legge applicabile e della giurisdizione competente in relazione ai *cybercrime*. In particolare, le deroghe al principio di territorialità previste dall'art. 604 c.p.

Come si è visto, le nuove tecnologie consentono (purtroppo) anche a chi intende porre in essere illeciti di agire a distanza, producendo eventi antigiuridici in luoghi o addirittura in Paesi lontanissimi da quello in cui l'autore che si serve di mezzi informatici o telematici accede alla Rete e realizza la condotta criminosa; peraltro, tale condotta potrebbe anche essere considerata lecita nello Stato in cui viene posta in essere e/o in taluni altri Stati coinvolti⁵⁶⁷. Ogni Stato coinvolto, infatti, ha un proprio autonomo ordinamento giuridico penale e pretende pertanto di esercitare in via esclusiva la potestà punitiva anche in relazione a fatti delittuosi non connotati totalmente da elementi di «internità» (si ricordi che, tradizionalmente, il diritto penale rappresenta il ramo del diritto più strettamente connesso alla sovranità statale)⁵⁶⁸.

La natura ontologicamente sovranazionale, o meglio globale, ed a-territoriale di Internet e del *cyberspace* rendono problematica l'applicazione dei tradizionali criteri di

⁵⁶⁶ MONACO L., *sub* art. 600-*septies* c.p., in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCALÀ E., Padova, 2008, 1665 ss.

⁵⁶⁷ In relazione ai casi in cui gli effetti dannosi di un *cybercrime* discendano da una condotta posta in essere in un luogo in cui questa è considerata lecita, la dottrina statunitense ricorre ai criteri del “*minimum contact*” o del “*the most significant interest*”, in base ai quali la giurisdizione competente è individuata rispettivamente sul presupposto dell'esistenza di un contatto telematico minimo idoneo a radicare la giurisdizione di uno Stato in merito ad una condotta realizzata all'estero da un soggetto ivi residente e sul presupposto di una valutazione di prevalenza dell'interesse a prevenire e reprimere un determinato reato rispetto al contrario interesse del Paese in cui sia stata realizzata la condotta a garantire la liceità dello stesso (RESTA F., *Virtualità del crimine. Dai reati informatici ai cybercrimes*, in *Giur. merito*, 2006, 102 ss. e quivi 104, nota 3).

⁵⁶⁸ RUGGIERO F., *Momento consumativo del reato e conflitti di giurisdizione nel ciberspazio*, in *Giur. merito*, 2002, 254 ss. L'Autore correttamente evidenzia anche come la questione dell'individuazione della legge penale applicabile in presenza di reati commessi per via telematica, nella prospettiva di individuare criteri di soluzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati dovuti alla natura transnazionale della società dell'informazione globale, presenti due diverse sfaccettature, in quanto: da un lato, possono esservi «comportamenti rispettosi della normativa dello Stato di “origine telematica” e, tuttavia, illeciti nel Paese di “ricezione telematica”», dall'altro, è altresì frequente «il caso di contenuti sanzionati penalmente nei vari ordinamenti statali, con la conseguente possibilità per il colpevole di essere processato più di una volta, atteso che il principio del *ne bis in idem* internazionale in materia penale non è ricompreso tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ai sensi dell'art. 10 c.1 Cost.».

individuazione del *locus commissi delicti* e conseguentemente della legislazione (penale) applicabile, nonché dei criteri di riparto tra le giurisdizioni degli Stati coinvolti. In relazione ai *cybercrime*, in particolare, entrano in crisi le categorie concettuali normalmente utilizzate nel mondo “reale”, stante la sussistenza in tali delitti di uno sfasamento tra il luogo (ed il tempo) di realizzazione della condotta e quello di verifica dell’evento.

Sul punto, la dottrina è divisa tra coloro che propendono per considerare come luogo rilevante ai fini della determinazione della legge (non solo penale) applicabile alle comunicazioni illecite via Internet quello della «immissione» in Rete dei dati e coloro che invece reputano determinante quello della «ricezione» dei dati medesimi da parte dei destinatari della comunicazione, degli utenti o del pubblico, in quanto in quest’ultimo luogo si manifesterebbe l’effetto offensivo degli interessi tutelati⁵⁶⁹. Tuttavia, emerge immediatamente che entrambi i criteri, all’atto dell’applicazione pratica, rivelano gravi difficoltà ed inconvenienti, e peraltro non risultano idonei ad evitare la moltiplicazione degli ordinamenti giuridici che possono o devono perseguire, in base alle proprie norme, una comunicazione su Internet penalmente illecita quando risulti violata anche la loro legislazione, e conseguentemente nemmeno i conflitti tra Stati coinvolti⁵⁷⁰.

Quanto all’ordinamento giuridico italiano, è necessario riferirsi alla comune disciplina codicistica.

In linea generale, il legislatore penale – come avviene nella maggior parte degli Stati moderni – non ha accolto un unico ed esclusivo principio tra quelli che presiedono

⁵⁶⁹ Tali criteri corrisponderebbero ai criteri penalistici dell’azione e dell’evento.

⁵⁷⁰ PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 283 ss. e quivi 321 e 323. L’Autore evidenzia infatti che il primo criterio, che pure correttamente mira ad evitare interferenze di competenze tra Stati e a limitare gli obblighi e le responsabilità degli autori dei contenuti e dei *provider* (che altrimenti rischierebbero di incorrere nelle responsabilità penali previste dalla più restrittiva delle discipline applicabili a livello internazionale) non è quello accolto dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici, che adottano invece il principio dell’ubiquità, e, inoltre, si scontra con problemi anche tecnici insuperabili quando si tratta di individuare cosa debba intendersi per immissione. Si discute in particolare se “immissione” debba intendersi il primo atto di immissione, con conseguente possibilità in sostanza per l’agente di scegliere la legge applicabile, oppure anche ogni successiva azione di memorizzazione, duplicazione, ritrasmissione dei dati immessi ad altri *server*, *computer* o snodi di rete, dovendosi dare rilievo, nell’ambito dell’azione, anche a tutte le diverse «operazioni automatiche eseguite dal sistema informatico, in conformità con l’input, le istruzioni ed i programmi previamente disposti dall’uomo e di cui egli si serve ed è almeno “laicamente” – se non tecnicamente – consapevole». Quanto al secondo criterio, la cui applicabilità evidentemente non può essere esclusa, esso, di per sé, stanti le caratteristiche della comunicazione telematica, non è idoneo a risolvere il problema dei conflitti nell’applicazione della legge tra i diversi ordinamenti giuridici interessati.

all'applicazione della legge penale nello spazio (principio di territorialità⁵⁷¹, principio della personalità attiva del reo⁵⁷², principio di difesa⁵⁷³ e principio di universalità⁵⁷⁴), ma ha preferito accogliere un principio base (quello di territorialità) e temperarne l'applicazione armonizzandolo con la parziale adozione di altri principi (c.d. «territorialità temperata»)⁵⁷⁵.

La prima norma che viene in rilievo al fini dell'individuazione del *locus commissi delicti* è rappresentata dall'art. 3 c.p., che sancisce il principio dell'obbligatorietà della legge penale, secondo cui la legge penale italiana si applica al fatto da chiunque (cittadino o straniero) commesso nel territorio italiano, o anche all'estero, nei casi previsti dalla legge o dal diritto internazionale⁵⁷⁶.

L'art. 6, comma 1, c.p. sancisce poi il c.d. principio di territorialità, e, il comma 2, accoglie, in relazione al suddetto principio, la teoria dell'ubiquità⁵⁷⁷, che estende notevolmente l'ambito di applicazione della legge penale italiana. Infatti, secondo tale teoria che combina il criterio dell'azione (luogo di immissione in Rete dei dati) e quello dell'evento (luogo di ricezione della comunicazione illecita), il reato si considera commesso in Italia quando nel territorio dello Stato è avvenuta, «in tutto o in parte», l'azione o l'omissione che lo costituisce, ovvero si è verificato l'evento che ne è la conseguenza (art. 6, comma 2, c.p.).

L'ambito di applicazione della legge penale italiana così come definito dall'art. 6 c.p. risulta ulteriormente esteso in considerazione del fatto che dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono che il concetto di «parte» di azione cui fa riferimento la norma

⁵⁷¹ Secondo tale principio, la legge nazionale obbliga tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato e si applica pertanto a tutti coloro che sul territorio dello Stato compiono un illecito penale, a prescindere dalla circostanza che si tratti di cittadini, stranieri o apolidi.

⁵⁷² Secondo tale principio, a ciascun reo si applica la legge penale dello Stato cui appartiene.

⁵⁷³ Secondo tale principio, deve trovare applicazione la legge penale dello Stato cui appartengono gli interessi offesi (principio della difesa dello Stato o di realtà) oppure il soggetto passivo del reato (principio della difesa individuale o della personalità passiva).

⁵⁷⁴ Secondo tale principio, la legge penale di uno Stato si applica a tutti gli uomini che delinquano, ovunque si trovino a delinquere e di qualunque nazionalità, e spetta al giudice del luogo dell'arresto giudicare tutti i reati, ovunque commessi.

⁵⁷⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 872 ss. In merito, è stato evidenziato come si tratti di una disciplina «autarchica», in quanto per suo tramite la giurisdizione italiana si estende ben oltre il territorio statale a reprimere fatti criminosi compiuti all'estero, sul presupposto di una tradizionale diffidenza nei confronti della cooperazione internazionale e delle giurisdizioni degli altri Stati.

⁵⁷⁶ SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 104 ss.

⁵⁷⁷ La regola dell'ubiquità è peraltro quella accolta dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici, in quanto assicura a ciascuno Stato di poter esercitare la propria pretesa punitiva a garanzia della sicurezza telematica.

non si identifichi con la nozione di tentativo, ma abbia riguardo alla circostanza (sufficiente) che in Italia sia avvenuta anche solo una minima parte dell'azione o omissione, pur se priva dei requisiti di idoneità e di inequivocità, e pertanto non autonomamente punibile⁵⁷⁸. Analogamente, in caso di concorso di persone nel reato o fattispecie plurisoggettive, è sufficiente che sia stato realizzato nel territorio dello Stato un qualsiasi frammento di contributo, anche atipico, di uno solo dei partecipi.

La tendenza espansiva della legislazione e giurisdizione nazionale è testimoniata inoltre dalle numerose disposizioni dettate in conformità ai principi di difesa e cittadinanza ed in deroga al principio di territorialità (art. 7 c.p. per i reati commessi all'estero, art. 8 c.p. per i reati politici commessi dal cittadino italiano o dallo straniero all'estero, artt. 9-10 per i delitti comuni commessi rispettivamente dal cittadino italiano e dallo straniero all'estero).

Alla luce di tale complesso di norme, per quanto concerne specificamente i *cybercrime*, si applicherà la legge penale italiana a qualsiasi fatto che sia realizzato anche solo parzialmente in Italia, ovvero «tramite meri “atti” di immissione in rete di dati, per la prima volta “digitati” da un terminale che si trovi nel territorio dello Stato; ovvero “atti”

⁵⁷⁸ Cfr. *ex multis*, recentemente, Cassazione penale, sez. IV, 17 dicembre 2008, n. 17026, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2009; Cassazione penale, sez. VI, 28 ottobre 2008, n. 40287, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2008. In relazione ai *cybercrime*, la Suprema Corte, esaminando taluni casi di diffamazione a mezzo Internet, ha definito i principi generali in relazione all'applicabilità del principio di territorialità. In particolare, con una nota sentenza del 2000, la Corte, dopo aver evidenziato come, in virtù della natura transnazionale della Rete, si pongano problemi in merito all'individuazione del luogo in cui deve ritenersi consumato il delitto di diffamazione a mezzo Internet, tenuto conto peraltro della diffusione istantanea dei messaggi veicolati sulla Rete, ha stabilito che, in base al principio dell'ubiquità di cui all'art. 6 c.p., è consentito al giudice italiano conoscere del fatto costituente reato tanto nel caso in cui sul territorio nazionale si sia verificata la condotta, quanto nel caso in cui un *iter criminis* iniziato all'estero si sia concluso con un evento realizzato in Italia. Questo perché la diffamazione è reato di evento, «inteso quest'ultimo come avvenimento esterno all'agente e causalmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di evento non fisico, ma, per così dire, psicologico, consistente nella percezione da parte del terzo (*rectius* dei terzi) della espressione offensiva» e si consuma non nel momento della diffusione del messaggio offensivo, bensì nel momento della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano terzi rispetto all'agente ed alla persona offesa. Peraltro, quando la diffamazione è commessa a mezzo Internet, «l'evento appare temporalmente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta. Ed invero, in un primo momento, si avrà l'inserimento “in rete”, da parte dell'agente, degli scritti offensivi e/o delle immagini denigratorie, e, solo in un secondo momento (a distanza di secondi, minuti, ore, giorni ecc.), i terzi, connettendosi con il “sito” e percependo il messaggio, consentiranno la verifica dell'evento» (Cassazione penale, sez. V, 17 novembre 2000, n. 4741, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/testi/cp4741.htm>). Cfr. per un commento ad ulteriori pronunce in relazione alla diffamazione *on line*, BUFFA F., *Diffamazione on line: problemi di giurisdizione e competenza*, accessibile all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7512.pdf>. In dottrina, a favore della tesi secondo cui è sufficiente che nel territorio italiano vi sia stata una manifestazione esteriore obiettiva del proposito criminoso, e pertanto anche di meri atti preparatori, cfr. per tutti MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 881 (*contra*, cfr. per tutti, NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 72).

(anche automatizzati) di riproduzione, memorizzazione o (ri)trasmissione, tramite *servers*, *computers* o snodi di rete ubicati in Italia, di dati provenienti da altri *servers*, *computers* o settori di reti che si trovino all'estero».

Qualora invece in Italia avvengano solo atti di percezione e presa di conoscenza dei dati immessi in Rete o ivi tenuti a disposizione da parte di soggetti terzi mentre l'immissione sia compiuta dall'autore del *cyvercrime* su supporti collocati all'estero, la questione appare di più difficile risoluzione, posto che, come visto, ai fini dell'applicabilità della legge penale italiana è richiesto che siano posti in essere nel territorio dello Stato anche solo frammenti di condotta tipica ma naturalmente non da parte di terzi bensì da parte dell'autore o di un concorrente.

Si ritiene che sia applicabile la legge penale italiana nelle ipotesi in cui, ad esempio, i dati immessi all'estero siano transitati anche su *server* collocati nel territorio italiano per volontà dell'agente, oppure nelle ipotesi in cui l'autore abbia predisposto in Italia i *file* contenenti immagini pedopornografiche poi immesse in Rete all'estero, oppure ancora nei casi di mancata attivazione di procedure di controllo dei contenuti illeciti da parte del *provider* italiano, se l'attivazione medesima era prevista come obbligatoria dalla legge italiana e l'adempimento a tale obbligo poteva contribuire ad impedire il delitto commesso dal soggetto mediante l'immissione all'estero di contenuti illeciti in Rete.

Quando, invece, la condotta criminosa (immissione dei dati, prima registrazione su un *server*, riproduzione o circolazione su altri *server* in Rete) è avvenuta completamente all'estero, vi sarà l'applicazione della legge penale italiana nei casi – sopra indicati – in cui ciò sia previsto da espresse disposizioni di legge, generali e speciali, che derogano al principio di territorialità.

Qualora invece non vi sia alcuna previsione in tal senso, si discute se possa ritenersi commesso in Italia, e pertanto perseguibile in base alla legge penale italiana, il reato commesso interamente all'estero ma i cui effetti possano prodursi anche nel territorio italiano, intendendosi per "effetti" la mera possibilità di accesso (e pertanto di lettura, duplicazione, stampa, ritrasmissione, ecc.) dall'Italia da parte di utenti che si trovino sul territorio italiano e da qui si connettano ad Internet. Secondo autorevole dottrina, infatti, stanti le peculiari caratteristiche della comunicazione via Internet, afferma che «la "messa" e "tenuta a disposizione" in rete dei dati di contenuto illecito può già di per sé integrare il fatto offensivo degli interessi protetti, che si estende tecnologicamente al di

là dei confini territoriali del luogo in cui il singolo atto individuale, soggettivamente riguardato, si è prodotto (immissione in rete), nonché del (primo) *server* o snodo in cui è avvenuta la (prima) registrazione e memorizzazione, per collocarsi oggettivamente nell'ambito dell'intera "comunità" di chi alla rete si collega (o se si vuole "cyberspazio"), stabilendo reali relazioni intersoggettive transfrontaliere»⁵⁷⁹. Conseguentemente, la "messa" e "tenuta a disposizione" in Rete dei dati di contenuto illecito sarebbero atte a fondare la pretesa punitiva di tutti gli ordinamenti giuridici da esse coinvolti, pur a prescindere dall'esistenza di un evento giuridico in senso tecnico.

Per quanto concerne il tema oggetto di questo studio, tra le disposizioni speciali di deroga al principio di territorialità a favore dell'applicazione dei principi di personalità attiva, personalità passiva e personalità concorsuale (principio quest'ultimo inedito)⁵⁸⁰, deve essere citata la norma di cui all'art. 604 c.p.⁵⁸¹, come riformulata dalla Legge 269/1998⁵⁸², che chiude la sezione del Codice penale dedicata ai reati contro la personalità individuale.

In base alla nuova formulazione della citata disposizione, il giudice italiano può perseguire penalmente i fatti commessi all'estero quando siano commessi in danno di un cittadino italiano, dal cittadino italiano o ancora dal cittadino straniero in concorso con cittadino italiano, purché, in tale ultimo caso, si tratti di delitto punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e vi sia stata la richiesta del Ministro della Giustizia⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Questa l'autorevole ricostruzione elaborata da PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 283 ss. e quivi 321 e 330-333).

⁵⁸⁰ Così, MEZZETTI E., *I limiti spaziali della legge penale*, in *Commentario sistematico al codice penale*. 1. *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da RONCO M., con la collaborazione di AMBROSETTI E.M. e MEZZETTI E., Bologna, 2006, 311.

⁵⁸¹ Art. 604 c.p. (*Fatto commesso all'estero*):

«Le disposizioni di questa sezione, nonché quelle previste dagli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-quinquies, si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con 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 è stata richiesta dal Ministro di grazia e giustizia».

⁵⁸² E successivamente modificata dalla Legge 6 gennaio 2006 n. 7 recante « Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile » (G.U. del 18 gennaio 2006, n. 14), che ha sostituito le parole «cittadino straniero» con «straniero».

⁵⁸³ Nella precedente formulazione, la norma prevedeva una deroga al principio di territorialità limitata sotto duplice profilo: essa valeva esclusivamente con riferimento ai delitti di schiavitù, e nei soli casi in cui tali delitti fossero commessi in danno di cittadino italiano. Si è evidenziato in dottrina che le deroghe previste dal riformulato art. 604 c.p.

Il legislatore, nel dettare tale disciplina, mostra di aver aderito alla tesi – sostenuta a livello internazionale⁵⁸⁴ – della vocazione tendenzialmente universalistica della giurisdizione in materia di reati di pedofilia e pedopornografia, e, al contempo, di aver avuto tenuto in considerazione la particolare gravità di tali delitti che vedono come vittime i minori, nonché la loro dimensione, peculiarità e natura spiccatamente transazionale quando siano commessi via Internet o comunque per il tramite delle nuove tecnologie.

Sul piano politico-criminale, infatti, la finalità della disciplina di cui all'art. 604 c.p. è chiara: con essa si vuole perseguire in modo universale ed incondizionato i fatti particolarmente gravi ricompresi nella sezione del Codice penale concernente i delitti contro la personalità individuale ed in particolare, per quanto rileva ai fini di questo studio, quelli di prostituzione minorile, detenzione di materiale pornografico e di turismo sessuale (rimane esclusa la sola pornografia virtuale).

Autorevole dottrina ha evidenziato tale previsione, nell'ottica di consentire una repressione efficace dei crimini di sfruttamento sessuale dei minori, consenta di superare, in relazione a tali reati, i limiti posti dagli artt. 9-10 c.p. per sottoporli alla speciale disciplina di cui all'art. 7 c.p. (l'art. 7, n. 5, c.p. prevede che siano puniti secondo la legge italiana anche il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero «ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge [...] stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana»).

Ciò che emerge chiaramente è la volontà di equiparare – ai fini di tutela – i reati di cui si tratta a quelli contro la personalità dello Stato, prediligendo in questa materia l'applicazione del principio di difesa (e quasi del principio di universalità) piuttosto che quella del principio di territorialità⁵⁸⁵. Tale scelta, in linea con il rigore della disciplina

⁵⁸⁴ V. l'art. 4 lett. d) della Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma («4. *Protection: [...] d) in the case of sex tourism, develop or strengthen and implement laws to criminalise the acts of the nationals of the countries of origin when committed against children in the countries of destination ("extra-territorial criminal laws")*; promote extradition and other arrangements to ensure that a person who exploits a child for sexual purposes in another country (the destination country) is prosecuted either in the country of origin or the destination country; strengthen laws and law enforcement, including confiscation and seizure of assets and profits, and other sanctions, against those who commit sexual crimes against children in destination countries; and share relevant data; [...]» e la Comunicazione della Commissione relativa al turismo sessuale coinvolgente l'infanzia del 1996 (MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 481).

⁵⁸⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 432, che sottolinea tuttavia come la deroga al principio di territorialità sia difficilmente giustificabile in relazione a tutte le fattispecie previste.

dettata dal legislatore a tutela dei minori, tuttavia, si rileva di scarsa applicabilità pratica, tenuto conto delle molteplici difficoltà che le competenti autorità italiane incontrano nel perseguire i reati in commento ovunque siano stati commessi.

Conclusivamente sulla questione, si auspica che si giunga in breve tempo ad un'armonizzazione a livello internazionale della disciplina dei *cybercrime*⁵⁸⁶, nonché ad una fattiva cooperazione internazionale nell'attività di contrasto di tali delitti, anche al fine di superare i paradossi giurisdizionali che il *cyberspace* crea⁵⁸⁷ e quella «anarchia del diritto» che consegue all'applicazione della regola dell'ubiquità. Appare, infatti, sempre più indispensabile introdurre principi regolativi dell'efficacia delle leggi penali nazionali e criteri di ripartizione della giurisdizione tra gli Stati interessati dall'illecito penale (mancando un principio di *ne bis in idem* internazionale), così da evitare sia la disparità di trattamento della medesima fattispecie concreta tra Stato e Stato, sia l'interferenza di diverse leggi e giurisdizioni nazionali in relazione alla pretesa punitiva nei confronti di un medesimo reato (e, in particolare, nei confronti di un medesimo *cybercrime*)⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Sotto un profilo più generale, la dottrina, preso atto dell'incapacità degli ordinamenti giuridici nazionali di far fronte alle diverse ed inedite problematiche poste dalla realtà globale e tecnologica di Internet, ritiene coerentemente opportuno (*rectius* necessario) procedere nel senso dell'unificazione internazionale dei diritti punitivi (cfr. in tal senso, SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 112).

⁵⁸⁷ In particolare, laddove determinati contenuti risultino perfettamente legali nello Stato di provenienza ma non in quello di destinazione, ci si ritrova a chiedersi se un cittadino straniero, che si comporti legittimamente in base alle leggi del proprio Paese, debba subire conseguenze giuridiche negative perché il suo agire si riflette in altri Stati con legislazioni più repressive, o, al contrario, se sia ammissibile che uno Stato tolleri palesi violazioni della propria legge provenienti dal *cyberspace*.

⁵⁸⁸ In tal senso, cfr. PARODI C., *I reati di ingiuria e diffamazione a mezzo Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 882 ss. e quivi 886; CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 284; PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 283 ss. e quivi 319, che suggerisce di procedere mantenendo una competenza processual-penalistica in capo ai singoli ordinamenti giuridici interessati dal *cybercrime*, ciascuno per la parte che lo riguarda, con una limitazione del potere punitivo derivante dalla dimensione transnazionale che caratterizza tali delitti, e pertanto applicando una sanzione proporzionale a quella già eventualmente inflitta dagli altri ordinamenti. L'Autore ricorda, in merito, come si siano espresse in tal senso sia la Corte distrettuale di New York nella sentenza sul caso *Playboy* (United States District Court Southern District of New York, *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Tattilo Editrice S.p.a. Publishers, Inc.*, 486, 79 Civ. 3525 (SAS), 19 giugno 1996, accessibile all'indirizzo http://www.loundy.com/CASES/PEI_v_Chuckleberry.html), sia la Corte di Giustizia, con riferimento all'azione di risarcimento dei danni per illeciti transfrontalieri commessi a mezzo stampa (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 7 marzo 1995, *Shevill*, in *Dir. inf.*, 1995, 823 ss., con nota di DELI G.B., *Giurisdizione competente ed illeciti transfrontalieri commessi a mezzo stampa*, 823 ss.). Per quanto riguarda il primo caso, la corte statunitense ha ritenuto di poter ordinare al gestore di un servizio localizzato su un *server* italiano, ma accessibile anche da parte di utenti americani, di non utilizzare più il marchio *Playmen*, in quanto contraffazione del marchio *Playboy*. La corte ha però riconosciuto di non avere giurisdizione per ordinare la chiusura del sito in Italia ed ha quindi limitato la condanna al pagamento delle somme che il convenuto aveva percepito dalla sottoscrizione di abbonamenti per gli

5.3 Le altre forme di tutela dei minori introdotte dalla legislazione di contrasto di pedofilia e pedopornografia

5.3.1 *La tutela penale dell'immagine del minore*

La legislazione anti-pedofilia è intervenuta anche sulla contravvenzione di divulgazione delle generalità o dell'immagine di persona offesa da atti di violenza sessuale introdotta dalla Legge 66/1996 a tutela della riservatezza delle vittime.

Il nuovo art. 734-*bis* c.p., infatti, a tutela delle generalità e dell'immagine del minore offeso dai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater* c.p., anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, e 600-*quinqüies* c.p. punisce ora con la pena dell'arresto da tre a sei mesi chi divulghi, anche attraverso mezzi di comunicazione di massa, le generalità o l'immagine della persona offesa senza il suo consenso.

5.3.2 *Comunicazione al Tribunale per minorenni*

Sotto il profilo della protezione delle vittime di reati di cui si tratta, la Legge 269/1998 ha modificato la norma di cui all'art. 609-*decies* c.p., introdotta dalla Legge 66/1996, prevedendo che il Procuratore della Repubblica dia notizia al Tribunale dei minori anche nel caso in cui si proceda per un dei delitti di cui agli artt. 600 *bis*, 600-*ter* e 600 *quinqüies* c.p., affinché il Tribunale sia messo nelle condizioni di adottare ogni provvedimento utile all'assistenza, anche di carattere psicologico, al recupero e al reinserimento delle vittime minorenni.

utenti americani e all'obbligo di rifiutare qualsiasi richiesta di abbonamento proveniente dagli Stati Uniti. Nel caso giunto al suo esame, invece, la Corte di Giustizia ha riconosciuto al giudice del luogo di pubblicazione la competenza a conoscere dell'intero danno subito dalla vittima, ma, al contempo, ha riconosciuto anche in capo ai singoli giudici nazionali degli Stati membri in cui era avvenuta la diffusione transfrontaliera dello stampato la competenza a conoscere della (sola) porzione di danno subito all'interno del rispettivo territorio nazionale.

5.3.3 *Disposizioni processuali*

La Legge 269/1998 e la Legge 38/2006 contengono una serie di disposizioni che modificano la disciplina processual-penalistica di taluni istituti che vengono in rilievo nell'attività di perseguimento dei delitti di pedofilia e pedopornografia, tra cui: l'arresto in flagranza di reato, le intercettazioni, i poteri del tribunale collegiale, i requisiti della prova, l'incidente probatorio, la pubblicità dell'udienza dibattimentale, l'esame dei testimoni, il patteggiamento⁵⁸⁹.

La novella del 2006 ha confermato la tendenza legislativa del 1998 di accostare alle norme di diritto penale sostanziale norme processuali penali ed altre diverse norme finalizzate alla prevenzione e repressione dei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., nell'ottica di creare un sistema normativo integrato⁵⁹⁰.

Le previsioni così introdotte mirano a potenziare gli strumenti a disposizione delle autorità di polizia e giudiziarie per il perseguimento e la repressione dei fenomeni di pedofilia e pedopornografia, a migliorare la protezione delle vittime e ad adattare i tradizionali istituti processualpenalistici alle peculiari esigenze che vengono in rilievo in relazione a tali delitti.

Per quanto concerne l'arresto obbligatorio in flagranza, l'art. 380, comma 2, lett. d) c.p.p. prevede ora l'obbligatorietà per gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria di procedere all'arresto in flagranza nei confronti degli autori dei delitti, consumati o tentati, più gravi di pedofilia, ovvero: induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*bis*, comma 1, c.p.), sfruttamento minorile ai fini di pornografia e commercio del relativo materiale anche se avente ad oggetto il materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p. (art. 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p.) e organizzazione o propaganda di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.).

In relazione invece all'arresto facoltativo in flagranza, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di procedere all'arresto di chiunque sia colto in flagranza dei

⁵⁸⁹ Per una panoramica, v. LORUSSO S., *Il rafforzamento del micro-sistema processuale per i reati a sfondo sessuale commessi nei confronti dei minori*, in AA.VV., *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, a cura di LORUSSO S., MANNA A., Milano, 2007, 113 ss.; NIGRO M., *Le norme processuali e penitenziarie. Commento a l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 949 ss.

⁵⁹⁰ Per questa notazione, v. SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia. B) Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, 1231 ss.

delitti di offerta, cessione o detenzione di materiale pornografico di cui agli artt. 600-ter, comma 4, e 600-quater c.p., anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 c.p.

Inoltre, la disciplina di cui all'art. 266 c.p.p. in materia di intercettazioni di conversazioni, comunicazioni telefoniche e altre forme di comunicazioni e di intercettazioni tra presenti è stata estesa alle fattispecie di cui all'art. 600-ter, comma 3, c.p., anche se aventi ad oggetto il materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1 c.p. Il legislatore ha così consentito alla magistratura e agli organi di polizia di poter sfruttare mezzi di contrasto in uso per combattere mafia e traffico internazionale di stupefacenti anche in relazione a tali crimini. Questa previsione non ha mancato di suscitare aspre critiche, fondate sull'argomentazione che si darebbe per tale via spazio ad un'eccessiva ingerenza dell'autorità giudiziaria. Tuttavia, in merito, deve osservarsi che, in relazione a tali reati, frequentemente l'intercettazione rappresenta l'unico efficace mezzo di accertamento.

Con riferimento invece alle attribuzioni del tribunale in composizione collegiale (art. 33-bis c.p.p.), si è previsto che tra esse rientri anche la competenza in materia di delitti di cui agli artt. 600-bis - 600-sexies c.p., quando puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

L'art. 190-bis (*Requisiti della prova in casi particolari*) c.p. è stato modificato nel senso di estendere ai delitti di cui agli artt. 600-bis, 600-ter e 600-quater c.p., anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1, e 600-quinquies c.p. la disciplina dettata con riferimento ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. (con conseguente affievolimento del diritto alla prova) quando l'esame riguarda un testimone minore degli anni sedici. Oggi pertanto, in base al comma 1 dell'art. 190-bis c.p.p., quando sia richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 (*Persone imputate in un procedimento connesso*) c.p.p. minori degli anni sedici e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento in contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate o dichiarazioni i cui verbali siano già stati acquisiti a norma dell'art. 238 (*Verbali di altri procedimenti*) c.p.p., «l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

Con riguardo all'istituto dell'incidente probatorio, è stato introdotto nell'art. 392 c.p.p. il comma 1-*bis* che, anche a seguito di successive modifiche, dispone ora che, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter* c.p., anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, e 600-*quinquies* c.p., il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni (anche se non sia la persona offesa dal reato) ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi di indifferibilità ed urgenza di cui al comma 1 della medesima disposizione. Sempre in tema di incidente probatorio, la Legge 269/1998 ha introdotto il comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p. (poi modificato dalle Leggi 38/2006 e 38/2008), che, nell'attuale formulazione, prevede che, nel caso di indagini relative ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, e all'art. 600-*quinquies* c.p., «il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti».

La legislazione anti-pedofilia ha altresì modificato la disposizione di cui all'art. 472 (*Casi in cui si procede a porte chiuse*) c.p.p., prevedendo che nei casi in cui il dibattimento sia relativo ai delitti previsti dagli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quinquies*, c.p. l'udienza di svolga a porte aperte, salvo che la persona offesa chieda invece che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte del dibattimento; inoltre, è previsto che si proceda sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni, nel qual caso, peraltro, è espressamente stabilito che domande sulla vita privata o sulla sessualità della

persona offesa possano essere ammesse unicamente se necessarie alla ricostruzione del fatto (comma 3-*bis*).

Per quanto attiene all'esame dei testimoni (art. 498 c.p.p.), si è esteso a tutti i procedimenti in cui si deve ascoltare un testimone minorenni (o maggiorenne infermo di mente vittima del reato), l'adozione, se una parte lo richiede o se il presidente lo ritiene necessario, delle modalità previste dal comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p. (comma 4-*bis*); inoltre, il comma 4-*ter* precisa che, quando si procede per i reati di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqüies*, c.p., l'esame del minore vittima del reato ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico. Complessivamente considerate, le opportune modifiche introdotte a protezione del testimone minorenni non hanno tuttavia la necessaria incisività, tanto più che, ad esempio, nulla si è previsto in relazione all'assunzione della testimonianza del minore vittima residente all'estero.

Un'altra modifica di particolare rilievo è rappresentata dall'esclusione di taluni delitti di pedofilia e pedopornografia dall'applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444 c.p.p. Il comma 1-*bis* di tale disposizione – introdotto dalla Legge 134/2003 e successivamente modificato dalla Legge 38/2006 – ha espressamente escluso dal patteggiamento i procedimenti per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, commi 1 e 3, 600-*ter*, commi 1, 2, 3, e 5, 600-*quater*, comma 2, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, e 600-*quinqüies* c.p.

Anche alla luce di tale previsione, che equipara i pedofili ai delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi, si conferma l'estrema severità che il legislatore ha voluto usare nel contrastare i fenomeni della pedofilia e della pedopornografia, ritenendo ad essi intrinseco un gravissimo disvalore penale e valutando che gli autori di tali comportamenti siano portatori di una perversione tale da poterli ricondurre alle suddette figure criminali, le più gravi contemplate dal nostro sistema penale.

5.3.4 Attività di coordinamento

L'art. 17 della Legge 269/1998 ha attribuito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri le funzioni di coordinamento delle attività svolte da tutte le pubbliche amministrazioni,

relative alla prevenzione, assistenza, anche in sede legale, e tutela dei minori dallo sfruttamento sessuale e dall'abuso sessuale. Nello svolgimento di tali funzioni, la Presidenza: «a) acquisisce dati e informazioni, a livello nazionale ed internazionale, sull'attività svolta per la prevenzione e la repressione e sulle strategie di contrasto programmate o realizzate da altri Stati; b) promuove, in collaborazione con i Ministeri della pubblica istruzione, della sanità, dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, di grazia e giustizia e degli affari esteri, studi e ricerche relativi agli aspetti sociali, sanitari e giudiziari dei fenomeni di sfruttamento sessuale dei minori; c) partecipa, d'intesa con il Ministero degli affari esteri, agli organismi comunitari e internazionali aventi compiti di tutela dei minori dallo sfruttamento sessuale » (comma 3)⁵⁹¹.

La legge *de qua* ha inoltre stabilito che le multe irrogate, le somme di denaro confiscate e quelle derivanti dalla vendita dei beni confiscati in base alle previsioni in essa contenute devono essere versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate su un apposito fondo da iscriverne nello stato di previsione della Presidenza del Consiglio dei Ministri per essere poi destinate, nella misura di due terzi, a finanziare specifici programmi di prevenzione, assistenza e recupero psicoterapeutico dei minori degli anni diciotto vittime dei delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quater* e 600-*quinquies* c.p., e per la parte residua, nei limiti delle risorse effettivamente disponibili, al recupero di coloro che, riconosciuti responsabili dei delitti medesimi, ne facciano apposita richiesta. In base alla norma in commento, inoltre, sono state istituite da parte del Ministro dell'Interno: i) un'unità specializzata di polizia giudiziaria, presso la squadra mobile di ogni questura, avente il compito di condurre le indagini sul territorio relative ai delitti da essa introdotti, in attuazione dell'accordo adottato dai Ministri di Giustizia europei il 27 settembre 1996 a Dublino e volto ad estendere la competenza di Europol ai reati di sfruttamento sessuale dei minori; ii) un nucleo di polizia giudiziaria presso la sede centrale della questura avente il compito di raccogliere tutte le informazioni relative alle indagini in materia dei reati di sfruttamento sessuale dei minori e di coordinarle con le sezioni analoghe esistenti negli altri Paesi europei.

⁵⁹¹ In relazione allo svolgimento di tali attività, per le quali è autorizzata ad una spesa di Lire 100 milioni, la Presidenza deve presentare annualmente una relazione al Parlamento.

Il comma 1-*bis* dell'art. 17, introdotto dalla Legge 38/2006 (art. 20) ha previsto inoltre l'istituzione dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile.

L'Osservatorio è istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le pari opportunità ed ha il compito di acquisire e monitorare i dati e le informazioni relativi alle attività svolte da tutte le pubbliche amministrazioni per la prevenzione e la repressione della pedofilia.

A tal fine, è prevista inoltre l'istituzione presso l'Osservatorio di una banca dati per raccogliere, con l'apporto dei dati forniti dalle amministrazioni, tutte le informazioni utili per il monitoraggio del fenomeno.

5.3.5 Attività di prevenzione e contrasto nella normativa penale anti-pedofilia: simulato acquisto e agente provocatore

La Legge 268/2009, al fine di rendere maggiormente efficace l'attività svolta dalla polizia giudiziaria di contrasto dei reati in materia di pedofilia commessi attraverso Internet o comunque per via telematica, ha introdotto un'innovativa disciplina in merito alle modalità investigative (art.14, commi 1 e 2) ed alle possibili deroghe ai normali tempi di emissione ed esecuzione dell'arresto, della cattura e del sequestro (art. 14, comma 3)⁵⁹².

In particolare, il comma 1 dell'art. 14 contempla la facoltà per gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria ed al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1, 2 e 3, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, e 600-

⁵⁹² In tema, cfr. PARODI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1442 ss. In merito alle numerose difficoltà, anche sotto il profilo pratico, che si incontrano nel tentativo di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze investigative e la libertà dei cittadini, v. CAMMARATA M., *Tra lotta al crimine e lo spazio di libertà*, 10 ottobre 2002, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/palermo.htm>.

quinqües c.p., di procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico ed alle relative attività di intermediazione, nonché di partecipare alle iniziative turistiche⁵⁹³.

Il comma 2 dell'art. 14 della Legge 269/1998, disciplina invece una diversa tipologia di attività di contrasto, specificamente inserita nell'ambito dei compiti della polizia delle telecomunicazioni. In particolare, si prevede che l'organo del Ministero dell'Interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione svolga, su richiesta dell'autorità giudiziaria (che deve essere motivata a pena di nullità) le attività occorrenti per il contrasto dei delitti di cui agli articoli 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1, 2 e 3, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, e 600-*quinqües* c.p., quando tali reati siano «commessi mediante l'impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico». Per il conseguimento di tali finalità è espressamente previsto che il personale addetto abbia facoltà di utilizzare indicazioni di copertura, anche per attivare siti nelle reti (c.d. "siti civetta"), realizzare o gestire aree di comunicazione o scambio su reti (ad esempio, *forum* o *chat*) o sistemi telematici, ovvero partecipare ad esse, nonché svolgere «anche per via telematica» le attività di cui al comma 1 dell'art. 14.

Si tratta dunque dell'istituto dell'agente provocatore, già noto al nostro ordinamento, che lo contemplava inizialmente per l'attività di contrasto al traffico di stupefacenti (art. 97, T.U. 309/90) e l'ha successivamente esteso a quelle di contrasto al terrorismo internazionale a seguito dei drammatici eventi del 2001 (art. 4, D.L. 374/01 convertito con Legge 438/01).

La Legge 269/1998 ha previsto inoltre che l'autorità giudiziaria, con decreto motivato, può ritardare l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto o sequestro, quando sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti di cui agli articoli 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1, 2 e 3, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, e 600-*quinqües* c.p. (nel caso in cui sia identificata o identificabile la persona offesa dal reato, il provvedimento è adottato sentito il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni nella cui circoscrizione il minorenne abitualmente dimora).

⁵⁹³ In tal caso, la polizia giudiziaria deve immediatamente dare comunicazione dell'acquisto all'autorità giudiziaria, che può, con decreto motivato, differire il sequestro sino alla conclusione delle indagini.

Infine, l'art. 14 prevede che l'autorità giudiziaria può affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale con facoltà d'uso agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per l'impiego nelle attività di contrasto disciplinate dalla norma.

La disciplina esaminata si è arricchita di una serie di norme introdotte contro la pedopornografia a mezzo Internet (artt. 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* e 14-*quinqies*) ad opera della Legge 38/2006.

Si noti peraltro che, in merito alle condizioni di legittimità delle attività di contrasto di cui al citato art. 14, si è pronunciata anche la Suprema Corte⁵⁹⁴, che ha effettuato una chiara distinzione tra le attività dell'agente provocatore della Polizia postale e delle comunicazioni di cui all'art. 14 e quelle atte ad intercettare comunicazioni telefoniche o telematiche in cui la polizia si limita ad intercettare le comunicazioni che avvengono tra soggetti terzi senza svolgere alcun ruolo attivo e tanto meno un ruolo di provocazione. La Corte ha statuito che: «Con l'attività di contrasto di cui all'art. 14 legge 3 agosto 1998, n. 269, in vista della gravità e dell'allarme sociale di alcuni beni specifici e determinati reati, la polizia giudiziaria è autorizzata, limitatamente ai reati stessi, a svolgere, in via del tutto eccezionale rispetto alle norme e ai principi fondamentali del nostro ordinamento processuale in tema di acquisizione delle prove, un vero e proprio ruolo di agente provocatore». In ogni caso, ribadiscono i giudici, tale attività è consentita solo nel rispetto delle norme costituzionali, e, in ragione del suo carattere eccezionale, solo nei casi tassativamente previsti e nei limiti rigorosi stabiliti dalla Legge 269/1998, essendone pertanto vietata l'applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi⁵⁹⁵. In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che l'attività di contrasto in commento non può in alcun modo essere diretta a «scoprire i comportamenti di quei soggetti che si siano limitati esclusivamente a procurarsi o a detenere materiale pedopornografico (art. 600-*quater* c.p.), così come non può essere assolutamente utilizzata per scoprire i comportamenti di quei soggetti che si siano limitati, anche consapevolmente, a cedere ad altri, anche a titolo gratuito, materiale pedopornografico (art. 600-*ter*, comma 4, c.p.), ossia si siano limitati ad una singola cessione di immagini o di filmati pedopornografici, dovendo invece essere diretta esclusivamente alla

⁵⁹⁴ Cassazione penale, sez. III, 21 ottobre 2003, n. 904, in *Dir. inf.*, 2004, 94 ss. Cfr. inoltre in merito la nota di RESTA F., *Crimini, autori e provocatori: detenzione di materiale pedo-pornografico e attività di contrasto*, in *Dir. inf.*, 2004, 239 ss.

⁵⁹⁵ Per alcune considerazioni in merito, v. NATALINI A., *Siti civetta: la polizia giudiziaria non può ignorare la notitia criminis. Il ruolo-chiave svolto dagli agenti provocatori*, in *Dir. giust.*, 2004, 22, 71 ss.

scoperta dei comportamenti consistenti nella “distribuzione” o “divulgazione” o “pubblicizzazione” ad un numero indeterminato di persone del detto materiale (ovvero a scoprire i comportamenti integranti un altro dei reti espressamente individuati dalla disposizione in esame. Da ciò consegue l’illiceità (con conseguente inutilizzabilità degli elementi probatori acquisiti) dell’attività di agente provocatore, ove utilizzata per l’accertamento di reati diversi da quelli tassativamente previsti dalla legge».

La Legge 38/2006 ha previsto inoltre l’istituzione, presso l’organo del Ministero dell’Interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione, del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet (art. 14-*bis*).

Il Centro ha il compito «di raccogliere tutte le segnalazioni, provenienti anche dagli organi di polizia stranieri e da soggetti pubblici e privati impegnati nella lotta alla pornografia minorile, riguardanti siti che diffondono materiale concernente l’utilizzo sessuale dei minori avvalendosi della rete Internet e di altre reti di comunicazione, nonché i gestori e gli eventuali beneficiari dei relativi pagamenti. Alle predette segnalazioni sono tenuti gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria. Ferme restando le iniziative e le determinazioni dell’autorità giudiziaria, in caso di riscontro positivo il sito segnalato, nonché i nominativi dei gestori e dei beneficiari dei relativi pagamenti, sono inseriti in un elenco costantemente aggiornato». È previsto inoltre che il Centro comunichi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità elementi informativi e dati statistici relativi alla pedopornografia su Internet, al fine della predisposizione del Piano nazionale di contrasto e prevenzione della pedofilia e della relazione annuale da presentare al Parlamento.

Inoltre, con l’art. 14-*ter*, il legislatore del 2006 ha introdotto una serie di misure finanziarie di contrasto alla commercializzazione di materiale pedopornografico (una volta che sia stato adottato il regolamento ministeriale di specie), quali, ad esempio, la trasmissione (finalizzata all’acquisizione di informazioni sui rapporti ed operazioni riconducibili ai beneficiari dei pagamenti), da parte del Centro all’Ufficio Italiano dei Cambi (UIC), per la successiva comunicazione alle banche, agli istituti di moneta elettronica, a Poste italiane S.p.A. e agli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento, delle informazioni di cui all’art. 14-*bis* relative ai soggetti beneficiari di pagamenti effettuati per la commercializzazione di materiale concernente l’utilizzo sessuale dei minori su Internet e sulle altre reti di comunicazione, oppure la risoluzione

di diritto dei contratti stipulati da quest'ultimi in relazione a carte di pagamento o ancora la revoca al titolare dell'autorizzazione all'utilizzo della carta individuata.

Si noti peraltro, in caso di violazione delle disposizioni dettate in materia di misure di contrasto, si è previsto che la Banca d'Italia e l'UIC, che ne verificano l'osservanza, possono applicare ai responsabili una sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 500.000.

Si è stabilito inoltre che le somme derivanti dall'applicazione di tali sanzioni sono riassegnate al fondo per l'assistenza a favore delle vittime dei reati di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. e destinate al finanziamento delle iniziative per il contrasto della pedopornografia su Internet.

Degli obblighi posti dall'art. 14-*ter* a carico dei fornitori dei servizi della società dell'informazione resi attraverso le reti di comunicazione elettronica, nonché dell'utilizzo di strumenti tecnici per impedire l'accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico di cui all'art. 14-*quater* si dirà in seguito, nel successivo Capitolo IV.

5.3.6 La responsabilità delle persone giuridiche

La Legge 228/2003 ha introdotto nel D. Lgs. 231/2001 la fondamentale norma di cui all'art. 25-*quinquies* (*Delitti contro la personalità individuale*), successivamente modificata dalla Legge 38/2006⁵⁹⁶.

In base al comma 1 della disposizione in commento, qualora sia accertata la responsabilità di un ente in relazione ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1,

⁵⁹⁶ L'art. 25-*quinquies* (*Delitti contro la personalità individuale*), D. Lgs. 231/2001 dispone:

«1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote;

b) per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, e 600-*quinquies*, la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;

c) per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, secondo comma, 600-*ter*, terzo e quarto comma, e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote.

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, lettere a) e b), si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

3. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».

e 600-*quinqüies*, c.p. si applicherà a tale ente la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote, mentre per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 3, 600-*ter*, commi 3 e 4, e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, c.p. la sanzione pecuniaria da 200 a 700 quote.

5.3.7 Estensione ai reati di pedofilia e pedopornografia delle misure di protezione a favore dei collaboratori con la giustizia

A seguito delle modifiche apportate dalle Leggi 228/2003 e 38/2006 alla norma di cui all'art. 9 D.L. 15 gennaio 1991, n. 8⁵⁹⁷, il comma 2 della disposizione riconosce ora anche alle persone che hanno tenuto le condotte di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, e 600-*quinqüies* c.p. le speciali misure di protezione ed assistenza riconosciute ai collaboratori di giustizia, quando risulta l'inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza (o, se si tratta di persone detenute o internate, dal Ministero della giustizia - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria), e risulta altresì che le persone nei cui confronti esse sono proposte versano in grave ed attuale pericolo per effetto di talune delle condotte di collaborazione aventi le caratteristiche indicate nel comma 3 della medesima disposizione⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ D.L. 15 gennaio 1991, n. 8 (G.U. del 15 gennaio 1991, n. 12), convertito con modificazioni in Legge 15 marzo 1991, n. 82 recante «Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia» (G.U. del 16 marzo 1991, n. 64).

⁵⁹⁸ Il comma 3 dell'art. 9, D.L. 8/1991 prevede che «Ai fini dell'applicazione delle speciali misure di protezione, assumono rilievo la collaborazione o le dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale. La collaborazione e le dichiarazioni predette devono avere carattere di intrinseca attendibilità. Devono altresì avere carattere di novità o di completezza o per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristico-eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni».

5.3.8 Modifiche all'ordinamento penitenziario

Un certo rilievo assume anche la previsione di cui al comma 1 dell'art. 10 del D.L. 31 dicembre 1991, n. 419⁵⁹⁹, relativa a taluni divieti di concessione dei benefici e all'accertamento della pericolosità sociale dei condannati per determinati delitti.

In particolare, la disposizione prevede che nei casi di delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, e 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p. i benefici dell'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (esclusa la liberazione anticipata) possono essere concessi ai detenuti e internati esclusivamente qualora quest'ultimi collaborino con la giustizia, adoperandosi, anche dopo la condanna, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o aiutando concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori di tali reati (comma 1).

La norma citata prevede inoltre che i suddetti benefici non possono essere concessi qualora si riscontrino elementi tali da far ritenere sussistente un collegamento tra i detenuti o internati per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, commi 2 e 3, 600-*ter*, comma 3 e 600-*quiquies*, c.p. con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (comma 1-*bis*).

5.3.9 Comunicazioni agli utenti

La normativa anti-pedofilia ha introdotto altresì l'obbligo per gli operatori turistici che organizzano viaggi collettivi o individuali in Paesi esteri 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, la seguente avvertenza: “Comunicazione obbligatoria ai sensi dell'articolo ... della legge n. ... – 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 è sanzionata mediante l'irrogazione da parte del Ministero delle attività produttive della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1.500 a euro 6.000⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ G.U. del 9 agosto 1975, n. 212.

In relazione a tale previsione, attenta dottrina ha sottolineato come «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»⁶⁰¹.

Secondo questa dottrina, si sarebbe venuta a creare così una posizione di garanzia in capo agli operatori economico-turistici per impedire la commissione dei delitti di cui si tratta da parte dei propri clienti.

5.3.10 Accertamenti sanitari

La Legge 269/1998 è intervenuta, inoltre, a modificare l'art. 16, comma 1, Legge 66/1996, che ora prevede che anche l'imputato per il delitto di cui agli articoli 600-*bis*, comma 2, c.p. sia «sottoposto, con le forme della perizia, ad accertamenti per l'individuazione di patologie sessualmente trasmissibili, qualora le modalità del fatto possano prospettare un rischio di trasmissione delle patologie medesime».

6 La Legge 48/2008 e l'adeguamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Budapest sul *cybercrime*

L'Italia ha recentemente provveduto alla ratifica della Convenzione di Budapest con la Legge 18 marzo 2008, n. 48 recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno»⁶⁰², che introduce nell'ordinamento italiano modifiche di rilievo alle norme di diritto penale sostanziale e processuale in materia di reati informatici.

⁶⁰⁰ L'importo della sanzione amministrativa è stato così aumentato dalla Legge 38/2006.

⁶⁰¹ PICOTTI L., *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, 1196 ss. e quivi 1208.

⁶⁰² G.U. del 4 aprile 2008, n. 80. La legge è entrata in vigore, ai sensi del suo art. 14, il giorno successivo a quello della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Come si legge nel Comunicato del Ministero degli Affari Esteri dell'8 novembre 2008 (G.U. del 8 novembre 2008, n. 262), a seguito dell'emanazione della Legge 48/2008 che ha autorizzato la ratifica della Convenzione di Budapest lo Stato italiano ha depositato, in data 5 giugno 2008, lo strumento di ratifica della Convenzione medesima, cosicché, ai sensi dell'art. 36, paragrafo 4, la Convenzione sopra citata è entrata in vigore il 1 ottobre 2008.

La novella, nell'implementare nel nostro ordinamento le disposizioni della Convenzione, mostra di aver operato scelte politico-criminali ispirate alla ricerca di un difficile bilanciamento tra difesa sociale e tutela dei beni giuridici protetti, da un lato, e rispetto delle garanzie individuali e dei principi di sussidiarietà, materialità, offensività e tassatività della norma penale, dall'altro, in considerazione delle peculiarità (*in primis* la virtualità) che caratterizzano i *cybercrime* e che si riverberano sulla struttura del fatto tipico e sul contenuto dell'interesse giuridico tutelato dalle relative fattispecie incriminatrici⁶⁰³. In particolare, il principio di proporzionalità – quale espressione peculiare del canone di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., che esige una proporzione adeguata tra pena e disvalore del fatto – e ha rappresentato il principio cardine cui si è attenuto nell'implementazione della Convenzione⁶⁰⁴ il legislatore, consapevole della complessità e della rilevanza dei valori in gioco, e pertanto della «necessità di evitare di configurare incriminazioni caratterizzate da livelli sanzionatori tali che, anche se presumibilmente idonei a realizzare le finalità statuali di prevenzione, avrebbero potuto cagionare all'individuo e alla società danno sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti con la tutela dei beni e valori offesi dalla predette incriminazioni»⁶⁰⁵.

Preliminarmente, si evidenzia che il legislatore ha approvato la legge in commento sul finire della scorsa legislatura, successivamente al decreto di scioglimento anticipato delle Camere, in tempi eccezionalmente rapidi e con il consenso unanime di maggioranza e opposizione, con la conseguenza che la fretta non ha permesso di dare

⁶⁰³ Così, RESTA F., *Cybercrime e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura*, in *Giur. merito*, 2009, 2147 ss.

⁶⁰⁴ La Convenzione sul *cybercrime*, peraltro, fa essa stessa espresso riferimento a tale principio nel Preambolo, ove è sottolineata l'esigenza di «garantire un equo bilanciamento tra l'interesse per l'azione repressiva ed il rispetto dei diritti umani fondamentali come previsto nella Convenzione del Consiglio d'Europa del 1950 per la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici e gli altri trattati applicabili sui diritti umani che riaffermano il diritto di ciascuno di avere opinioni senza condizionamenti, come anche il diritto alla libertà di espressione, incluso il diritto di cercare, ricevere e trasmettere informazioni e idee di ogni tipo, senza limiti di frontiere, e al rispetto della *privacy*».

⁶⁰⁵ Così la Relazione governativa al disegno di legge. Argomentazioni affini caratterizzano la c.d. dottrina della “*substantial overbreadth*” in relazione all’*unprotected speech* ed alle possibili limitazioni del I Emendamento nell’ordinamento giuridico statunitense. La *United States Supreme Court* ha infatti statuito che «*For there are substantial social costs created by the overbreadth doctrine when it blocks application of a law to constitutionally unprotected speech*», cosicché una legge dovrebbe essere dichiarata palesemente vaga e incostituzionale solo nel caso in cui essa «*punishes a “substantial” amount of protected free speech, judged in relation to the statute’s plainly legitimate sweep*» (United States Supreme Court, *Virginia v. Hicks*, 539 U.S. 113, 16 giugno 2003, accessibile all’indirizzo <http://supreme.justia.com/us/539/113/case.html>).

una piena e completa attuazione alla Convenzione mediante le norme sostanziali e processuali introdotte nel nostro ordinamento⁶⁰⁶.

Anzitutto, deve osservarsi che il legislatore non ha recepito le definizioni generali contenute nell'art. 1 della Convenzione, pur se un recepimento espresso sarebbe stato necessario in considerazione della natura non *self-executing* delle disposizioni di cui si tratta⁶⁰⁷. Il compito di accogliere tali definizioni – e analogamente la partizione tra reati informatici contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati e dei sistemi informatici, reati informatici "classici", reati relativi ai contenuti e reati contro la proprietà intellettuale – è lasciato pertanto alla giurisprudenza, che dovrà tuttavia al contempo tenere conto delle definizioni già presenti nel nostro ordinamento giuridico, ed in particolare nel Codice dell'amministrazione digitale (D. Lgs. 82/2005 e 159/2006), nel Codice della *privacy* (art. 4, comma 2, lett. a, c), e), D. Lgs. 196/2003) e nella giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁰⁸.

Un secondo aspetto che merita di essere evidenziato è che la Legge 48/2008 ha optato ancora una volta in materia di reati informatici per la tecnica novellistica, senza procedere invece alla creazione di un titolo autonomo *ad hoc*. In merito, da più parti si è osservato come si sia persa un'occasione per dettare una disciplina organica e razionale in relazione ad una materia, quella dei reati informatici, che nasce da interventi in attuazione di normative di matrice europea o sovranazionale in cui le disposizioni penali svolgono una funzione prevalentemente sanzionatoria di precetti e discipline

⁶⁰⁶ Cfr. tra i primi commenti, SARZANA DI S. IPPOLITO C., *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una "gatta" legislativa frettolosa*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1562 ss.; CUNIBERTI M., GALLUS G.B., MICOZZI F.P., ATERNO S., *Commento alla legge di ratifica della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, luglio 2008, accessibile all'indirizzo <http://computerlaw.files.wordpress.com/2008/06/commento-budapest.pdf>; RESTA F., *La disciplina acquista maggiore organicità per rispondere alle esigenze applicative*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 52 ss.

⁶⁰⁷ PICOTTI L., *Profili di diritto penale sostanziale*, in *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Legge 18 marzo 2008, n. 48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700 ss. e quivi 701.

⁶⁰⁸ Cfr. in particolare, Cassazione penale, sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11689, in *Dir. giust.*, 2007, *CED Cass. pen.*, 2007, rv 236221; Cassazione penale, sez. IV, 14 dicembre 1999, n. 3067, in *Cass. pen.* 2000, 2990: «L'espressione "sistema informatico" contiene in sé il concetto di una pluralità di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche in parte) di tecnologie informatiche. Le linee telefoniche utilizzano, nell'epoca moderna, normalmente, tali tecnologie; la funzione di trasmissione delle comunicazioni si attua, invero, con la conversione (codificazione) dei segnali (nel caso, fonici) in forma di flusso continuo di cifre (bit) e nel loro trasporto in tale forma all'altro estremo, dove il segnale di origine viene ricostruito (decodificazione) e inoltrato, dopo essere stato registrato in apposite memorie. Si tratta, cioè, del flusso di comunicazioni relativo ai sistemi informatici di cui all'art. 266 bis c.p.p., introdotto dalla stessa l. n. 547 del 1993».

extrapenali, ovvero a fronte di esigenze di tutela accolte in via emergenziale, risultando pertanto priva della necessaria sistematicità⁶⁰⁹.

Venendo al tema oggetto di questo studio, nelle disposizioni (artt. 3-7) della Legge 48/2008 che introducono nell'ordinamento italiano le modifiche necessarie al recepimento della disciplina dettata dalla Convenzione in merito al diritto penale sostanziale interno, non è presente alcun riferimento alla pornografia minorile.

Ciò discende dalla circostanza che il legislatore ha valutato che il sistema penale italiano fosse già ampiamente "attrezzato" ed anzi presentasse un livello di tutela più avanzato rispetto a quello previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa.

In particolare, quanto previsto dall'art. 9 della Convenzione è stato ritenuto "coperto" – se non addirittura superato – dalle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 600 *ter*, *quater* e *quater.1* e ss. c.p., come disciplinate dalla Legge 269/1998 e dalla Legge 38/2006⁶¹⁰.

In merito, attenta dottrina non ha mancato di evidenziare come il legislatore nazionale, nella legge di ratifica della Convenzione di Budapest, abbia evitato di riportare alcuni termini utilizzati nella Convenzione medesima. In conseguenza di ciò, non si può escludere che possano sorgere talune incongruenze tra le espressioni utilizzate dalla Convenzione sul *cybercrime* per circoscrivere le fattispecie punibili (come ad esempio, le espressioni "intentionally" e "without right") e quelle in uso nell'ordinamento interno, ovvero ancora in relazione ad istituti quali il tentativo, il concorso, il

⁶⁰⁹ Cfr. per tutti, PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 ss. e quivi 189-200. Nel senso di una sistemazione organica della materia si era mosso il progetto Nordio di riforma del codice penale (2004), che tuttavia non è stato esaminato dalle Camere. Il progetto, alla luce di quanto previsto dal trattato sottoscritto a Budapest, contiene anzitutto una serie di clausole definitorie, relative a nozioni quali «reti di comunicazione elettronica», «computer», «dati informatici», «sistema di informazione», «persona autorizzata», «fornitore di servizi informatici», «trasmissione di dati». Inoltre, esso provvede, da un lato, a delineare numerose fattispecie delittuose in cui, a seconda dei casi, l'oggetto materiale, lo strumento di realizzazione della condotta o il bene giuridico tutelato hanno natura informatica, e, dall'altro, ad introdurre diversi reati propri, realizzabili unicamente dal *provider* (ovvero fattispecie in cui la titolarità di questa qualifica comporta un aggravamento di pena) ed una ipotesi di «uso illegale di dati criptati o steganografati per finalità di terrorismo» (in tema, cfr. TANGA A.L., *I vincoli derivanti dal trattato di Budapest e dalle risoluzioni comunitarie: i risultati raggiunti dalla commissione Nordio*, accessibile all'indirizzo http://www.penale.it/public/docs/articolato_tanga.pdf).

⁶¹⁰ Anche sotto un profilo più generale, si legge nella Relazione governativa al disegno di legge in commento che «la portata dell'adeguamento normativo da realizzare, per l'esecuzione della Convenzione, nel settore del diritto penale sostanziale è risultata modesta, essendo in molti casi già in vigore una disciplina esaustiva, addirittura più incisiva di quella richiesta dalle disposizioni della Convenzione medesima». Cfr. inoltre sul punto, GUERNELLI M., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul cybercrime: considerazioni sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 753 ss. e quivi 756.

favoreggiamento e l'istigazione che hanno già una completa disciplina nel diritto penale italiano⁶¹¹.

Inoltre, si deve evidenziare anche la non coincidenza tra la nozione di "virtualità" dei comportamenti illeciti delineata nella Convenzione, incentrata sull'apparenza della minore età e sull'immagine realistica raffigurante un minore, rispetto a quella di cui all'art. 600 *quater*.1 c.p., che fa invece riferimento all'uso effettivo di immagini di minori o parti di esse, anche se tali immagini possono essere tratte anche da soggetti non realmente esistenti⁶¹².

La Legge 48/2008 ha istituito, nello stato di previsione del Ministero dell'Interno, il Fondo per il contrasto della pedopornografia su Internet e per la protezione delle infrastrutture informatiche di interesse nazionale con una dotazione di due milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2008 (art. 12)⁶¹³. Si tratta di un fondo volto a supportare il funzionamento del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, istituito dalla Legge 38/2006, nonché a far fronte alle esigenze relative alle infrastrutture critiche demandate alla Polizia postale e delle comunicazioni; sia il Centro sia le citate infrastrutture della Polizia di Stato specializzate nella prevenzione e contrasto dei crimini informatici attinenti a qualsiasi forma di comunicazione per effetto della Legge 48/2008 sono divenuti organi del Ministero dell'Interno.

Quanto al profilo della responsabilità da reato degli enti pubblici, l'art. 7 della Legge 48/2008 ha introdotto nel D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 una nuova disposizione, l'art.

⁶¹¹ GUERNELLI M., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul cybercrime: considerazioni sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 753 ss. e quivi 756-757.

⁶¹² GUERNELLI M., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul cybercrime: considerazioni sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 753 ss. e quivi 756-757.

⁶¹³ L'art. 12 della Legge 48/2008 prevede che:

«1. Per le esigenze connesse al funzionamento del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, di cui all'articolo 14-bis della legge 3 agosto 1998, n. 269, e dell'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione per le esigenze relative alla protezione informatica delle infrastrutture critiche informatizzate di interesse nazionale, di cui all'articolo 7-bis del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, è istituito, nello stato di previsione del Ministero dell'interno, un fondo con una dotazione di 2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2008.

2. Agli oneri derivanti dal presente articolo, pari a 2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2008, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2008-2010, nell'ambito del fondo speciale di parte corrente dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2008, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia.

3. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.»

24-bis, che ha esteso la responsabilità da reato degli enti a tutti i reati informatici (non solo a quelli previsti dalla Convenzione di Budapest)⁶¹⁴.

In dottrina, in relazione a tale profilo, è stato evidenziato che la novella al D. Lgs. 231/2001, che ha dato quasi completa attuazione agli artt. 12 e 13, par. 2, della Convenzione sul *cybercrime* (nonché all'art. 9 della Decisione quadro 2005/222/GAI relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione), avrà necessariamente complesse conseguenze nell'ambito del nostro sistema, in quanto si renderà necessario un sollecito adeguamento dei modelli organizzativi ai nuovi rischi di commissione di reati introdotti dalla Legge 48/2008, ai fini sia dell'imputazione della responsabilità, sia della concreta operatività delle conseguenze sanzionatorie⁶¹⁵.

La portata dell'innovazione introdotta, tuttavia, è di pregio, in quanto emerge che, sia a livello internazionale, sia a livello nazionale, è stato colto uno dei dati caratterizzanti i delitti informatici, ovvero la frequente commissione nel contesto dell'attività di persone giuridiche o enti, le cui infrastrutture o risorse economiche vengono sfruttate per fini illeciti⁶¹⁶.

Per quanto concerne le norme penali processuali, la Legge 48/2008 ha apportato modifiche significative al codice di rito ed al D. Lgs. 196/2003, anche nell'ottica di un generale adeguamento della normativa alle nuove tecnologie informatiche e telematiche. La Legge 48/2008 ha introdotto una serie di incisive modifiche al codice di procedura penale (in particolare, al Titolo III del Libro terzo – Mezzi di ricerca della prova, e al Titolo IV del Libro quinto – Attività ad iniziativa della polizia giudiziaria, del codice), destinate ad incidere sulle attività di indagine e sul diritto delle prove penali peraltro a

⁶¹⁴ Sono rimasti esclusi – incomprensibilmente – il reato di frode informatica di cui all'art. 640-ter c.p. nel caso in cui non sia commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico, ed il reato di falsa attestazione al certificatore di cui all'art. 495-bis c.p.

⁶¹⁵ PICOTTI L., *Profili di diritto penale sostanziale*, in *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Legge 18 marzo 2008, n. 48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700 ss. e quivi 716.

⁶¹⁶ Cfr. in tema, IANNINI A., ARMONE G.M., *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Salerno, 2005, 53: «È noto tuttavia che attività criminali del tipo descritto sono spesso compiute con l'ausilio di soggetti collettivi che, senza fare dell'attività criminale il proprio scopo sociale principale, contribuiscono al suo compimento attraverso condotte di finanziamento, sostegno logistico, intermediazione, copertura, ecc. poiché nell'ordinamento italiano la responsabilità penale (e dunque la responsabilità amministrativa degli enti) sorge non soltanto a carico di chi ponga in essere la condotta tipica descritta nella singola fattispecie discriminatrice, ma anche a carico di chi concorra nel reato (art. 110 c.p.), contribuendo in modo efficace alla realizzazione di tal condotta, emerge in modo evidente che anche i reati elencati dall'art. 25 quinquies devono formare oggetto di particolare attenzione da parte degli enti».

prescindere dalla circostanza che il procedimento penale abbia ad oggetto un *cybercrime*⁶¹⁷.

In relazione ai mezzi di ricerca della prova, è stato previsto, al fine di evitarne la frequente perdita, corruzione, o alterazione anche involontaria, in sede di ispezioni volte ad accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato, che «L'autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione» (art. 244, comma 2, c.p.p.), ad esempio tramite il sequestro in copia di materiale informatico (*dvd* o *cd rom*) della *bigstream image* dell'*hard disk* dell'indagato.

Considerato che, nel silenzio dell'art. 491-bis c.p. come modificato dall'art. 3 della Legge 48/2008, risultando ancora oggi discusso se la prova informatica possa rappresentare un «documento» ai sensi dell'art. 234 c.p.p. o una prova atipica ex art. 189 c.p.p.⁶¹⁸, assume rilievo la codificazione di adeguate procedure tese al «congelamento» dei dati informatici «originali»⁶¹⁹ nel momento in cui si accede agli stessi e al sistema che li contiene. Il legislatore ha avuto presente dunque tale preoccupazione nel modificare le seguenti norme del codice di rito: in materia di perquisizioni, l'art. 247 c.p.p. prevede ora esplicitamente la possibilità che il pubblico ministero o a polizia giudiziaria delegata procedano non solo alla duplicazione dei dati originali come nell'ipotesi di cui all'art. 244 c.p.p., bensì alla perquisizione per ricercare sui sistemi informatici e telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, «dati,

⁶¹⁷ Per un'analisi di tali profili, v. i commenti di LUPÁRIA L., *Profili processuali*, in *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa, Legge 18 marzo 2008, n. 48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 717 ss.; AMATO G., *Un intervento incisivo nella «sostanza»*, *Incerta l'efficacia probatoria del documento, Contrasto specifico dell'abuso di dispositivi, Danneggiamento perseguibile a querela*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 54 ss.; CISTERNA A., *Previsto uno statuto processuale ad hoc. Perquisizioni in caso di fondato motivo*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 64 ss.; NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 69 ss.; CUNIBERTI M., GALLUS G.B., MICOZZI F.P., ATERNO S., *Commento alla legge di ratifica della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, luglio 2008, accessibile all'indirizzo <http://computerlaw.files.wordpress.com/2008/06/commento-budapest.pdf>.

⁶¹⁸ Per una disamina della tematica, v. AMATO G., *Incerta l'efficacia probatoria del documento*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 54 ss.

⁶¹⁹ In campo informatico, non può parlarsi propriamente di «originali» e «copie», ma eventualmente di una indefinita riproducibilità di «duplicati» identici all'originale, posto che i *byte* sono sempre identici a se stessi (CUOMO L., *Cybercrime: esiti delle investigazioni e processo*, relazione all'incontro di studi del Consiglio Superiore della Magistratura «Innovazioni tecnologiche e criminalità informatica», Roma, 26-28 settembre 2007, accessibile all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14824.pdf>).

informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato», purché siano adottate «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione» (comma 1-*bis*), e l'art. 352 c.p.p. dispone che la perquisizione d'iniziativa degli ufficiali di polizia giudiziaria può avere ad oggetto sistemi informatici e telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, adottando «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione» (comma 1-*bis*); in materia di accertamenti, rilievi e sequestri, l'art. 354 c.p.p. indica nel dettaglio le attività che gli ufficiali di polizia giudiziaria sono autorizzati a svolgere, nell'ambito degli accertamenti urgenti conseguenti alla commissione di un reato, al fine di assicurare la conservazione di dati, informazioni e programmi informatici e di sistemi informatici e telematici, nonché allo scopo di impedirne l'alterazione e l'accesso, fermo restando, in ogni caso, il potere di sequestro (comma 2); l'art. 254 c.p.p., relativo al sequestro di corrispondenza, è stato aggiornato allo sviluppo dei servizi di corrispondenza, ed in particolare alla nozione di corrispondenza telematica (comma 1), in relazione alla quale è stata espressamente introdotta la garanzia che non possa essere aperta, conosciuta e nemmeno alterata (comma 2); l'art. 353 c.p.p. è stato riformulato per esigenze analoghe a quelle relative all'art. 254 c.p.p. anche al fine di mantenere il necessario parallelismo tra le due disposizioni (commi 2 e 3).

L'art. 254-*bis* (*Sequestro presso fornitori di servizi*) c.p.p., introdotto dalla legge in commento, prevede che «L'autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità. In questo caso è, comunque, ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali»⁶²⁰. Sul punto, si sottolinea come la disposizione in esame sia suscettibile di dar luogo a gravi incertezze interpretative e a disorientamenti applicativi, posto che

⁶²⁰ Il dettato della norma evidenzia come il legislatore italiano abbia avuto presente che, in relazione ai dati e sistemi informatici, risulta di fondamentale importanza utilizzare modalità di intervento tali da esercitare una invasività minima e garantire la possibilità di utilizzo della prova nel processo in contraddittorio.

sembra consentire una sorta di indiscriminata applicazione della procedura di sequestro in essa prevista a prescindere dai limiti di cui all'art. 132 D. Lgs. 196/2003, quantomeno in relazione ai dati di traffico, ed a prescindere anche dai limiti temporali ugualmente previsti dalla norma del Codice della *privacy*. Non è chiaro, infatti, come essa si coordini con l'art. 132 del D. Lgs. 196/2003 e con la più restrittiva disciplina in materia di *data retention* dettata dal decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE⁶²¹. In merito, la dottrina propende per ritenere che

⁶²¹ La conservazione dei dati di traffico e ubicazione telefonici e telematici (c.d. "*data retention*") era disciplinata dal Titolo X (*Comunicazioni elettroniche*) del D. Lgs. 196/2003 (disciplina nata come recepimento della Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche), e dalla Legge 31 luglio 2005, n. 155, che ha convertito, con modificazioni, il c.d. "decreto Pisanu" (D.L. 27 luglio 2005, n. 144, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»), e che imponeva a tutti i soggetti fornitori di connettività alla rete pubblica di comunicazioni ovvero di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, di mantenere tutti i dati, esclusi i contenuti delle comunicazioni, fino al 31 dicembre 2008, e, successivamente a quella data, per un periodo di quarantotto mesi complessivi i dati relativi al traffico telefonico e per dodici mesi complessivi i dati del traffico telematico. Recentemente, è intervenuto a modificare l'art. 132 del D. Lgs. 196/2003 il D. Lgs. 30 maggio 2008, n. 109 recante «Attuazione della direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE» (G.U. del 18 giugno 2008, n. 141). L'art. 132 D. Lgs. 196/2003, a seguito delle successive novelle, prevede attualmente che: i) fermo restando quanto previsto dall'art. 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione; ii) i dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per tre giorni; iii) entro i termini di cui al punto i), i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private; il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391-*quater* c.p.p., ferme restando le condizioni di cui all'art. 8, comma 2, lettera f) per il traffico entrante; iv) il Ministro dell'Interno o, su sua delega, i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia informatica o telematica della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché gli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'art. 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al D. Lgs. 28 luglio 1989, n. 271, possono ordinare, anche in relazione alle eventuali richieste avanzate da autorità investigative straniere, ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici di conservare e proteggere, secondo le modalità indicate e per un periodo non superiore a novanta giorni, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, ai fini dello svolgimento delle investigazioni preventive previste dall'art. 226 sopra citato, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati; il provvedimento, prorogabile per motivate esigenze, per una durata complessiva non superiore a sei mesi, può prevedere particolari modalità di custodia dei dati e l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi informatici o telematici ovvero di terzi; v) il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui è rivolto l'ordine di cui al precedente punto iv) deve

– anche alla luce della collocazione sistematica a ridosso dell’art. 254, a sua volta novellato –la disposizione in commento, laddove fa riferimento a «quando dispone il sequestro presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni» dovrebbe intendersi riferita ai casi “residuali” in cui il decreto di sequestro è consentito o previsto dal codice di rito (art. 247, comma 1-*bis*, e 254, comma 1, c.p.p.)⁶²².

In relazione agli obblighi di conservazione e custodia, l’art. 259, comma 2, c.p.p. prevede ora che, qualora oggetto dell’obbligo di custodia delle cose sequestrate siano dati, informazioni o programmi informatici, il custode debba essere avvertito anche «dell’obbligo di impedirne l’alterazione o l’accesso da parte di terzi, salva, in quest’ultimo caso, diversa disposizione dell’autorità giudiziaria». Ed il successivo art. 260 c.p.p., rubricato «Apposizione dei sigilli alle cose sequestrate. Cose deperibili», è stato modificato al fine di riconoscere che l’imposizione del vincolo del sequestro può essere evidenziata, in relazione alla natura delle cose sequestrate, anche con mezzi elettronici e che, nel caso di sequestri aventi ad oggetto dati, informazioni e programmi informatici, l’estrazione della copia deve avvenire su adeguati supporti e mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all’originale e la sua immodificabilità (comma 2).

Il legislatore ha novellato anche l’art. 248, comma 2, c.p.p., introducendo la possibilità, per l’autorità giudiziaria o gli ufficiali di polizia giudiziaria, di esaminare presso le banche anche dati, informazioni e programmi informatici, senza necessità di procedere a perquisizione.

Quanto al dovere di esibizione, il riformulato art. 256, comma 1, c.p.p. include anche i dati, le informazioni e i programmi informatici tra quanto deve essere consegnato, su

ottemperarvi senza ritardo, fornendo immediatamente all’autorità richiedente l’assicurazione dell’adempimento; il fornitore o l’operatore di servizi informatici o telematici è tenuto a mantenere il segreto relativamente all’ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte per il periodo indicato dall’autorità. In caso di violazione dell’obbligo si applicano, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le disposizioni dell’art. 326 c.p.; vi) i provvedimenti di cui al punto iv) sono comunicati per iscritto, senza ritardo e comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione, il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida; in caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia; vii) il trattamento dei dati per le finalità di cui al punto i) è effettuato nel rispetto delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell’interessato prescritti ai sensi dell’art. 17, volti a garantire che i dati conservati possiedano i medesimi requisiti di qualità, sicurezza e protezione dei dati in rete, nonché a prevedere in ogni caso specifici sistemi di autenticazione informatica e di autorizzazione degli incaricati del trattamento e ad indicare le modalità tecniche per la periodica distruzione dei dati, decorsi i termini di cui al punto i).

⁶²² CISTERNA A., *Perquisizioni in caso di fondato motivo*, in *L’Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 64 ss. e quivi 68.

richiesta, all'autorità giudiziaria da parte delle persone tenute a segreto professionale, nonché dei pubblici ufficiali, dei pubblici impiegati e degli incaricati di un pubblico servizio.

Sotto diverso profilo, si è osservato invece che la Legge 48/2008 non ha risolto i problemi inerenti all'acquisizione di dati da supporto non materialmente disponibile (ad esempio, dati contenuti nelle piattaforme di *provider* esteri o non precisamente collocabili)⁶²³.

Un'ulteriore modifica è consistita nell'introduzione nell'art. 51 c.p.p. del comma 3-*quinquies*, che concentra la competenza in ordine alle indagini sui reati informatici presso gli uffici di procura distrettuali, al fine di agevolare il coordinamento delle indagini e la formazione di gruppi di lavoro specializzati in materia di criminalità informatica⁶²⁴, in ragione delle peculiarità di tali reati e delle particolari tecniche investigative richieste ai fini del loro accertamento comporta⁶²⁵. La disposizione concerne i reati pedopornografici e la maggior parte dei reati informatici⁶²⁶.

L'art. 132 del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, invece, è stato modificato mediante l'aggiunta dei commi 4-*ter*, 4-*quater* e 4-*quinquies*, con i quali è stato attribuito al Ministro dell'Interno (o ai suoi delegati indicati nel testo normativo) il potere di ordinare ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici⁶²⁷ la conservazione temporanea e d'urgenza dei dati relativi al traffico telematico per un

⁶²³ Si è osservato in merito che anzi «appare ora più incerto il confine tra necessità di *fornitura dei dati da parte del terzo* che li detiene (a seguito di decreto motivato della A.G., ex art. 15 Cost. e art. 132 D. Lgs. 196/2003 [...]) e diretta possibilità di ispezione perquisizione e sequestro» (GUERNELLI M., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul cybercrime: considerazioni sostanziali e processuali*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2008, 753 ss. e quivi 767).

⁶²⁴ Così la Relazione governativa al disegno di legge.

⁶²⁵ Ad opera dell'art.12-bis del D.L. 23 maggio 2008 n. 92 (c.d. «decreto sicurezza», G.U. del 26 maggio 2008, n. 122, convertito, con modificazioni, in Legge 24 luglio 2008, n.125 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica»), la norma è stata ulteriormente modificata per superare la discrasia che era emersa per la mancata previsione della correlativa modifica della competenza del giudice per le indagini preliminari, nonché per prevedere l'applicazione della nuova disciplina ai soli procedimenti iscritti dal pubblico ministero successivamente al 5 aprile 2008. Altro profilo critico, purtroppo non superato, è rappresentato dalla mancata attribuzione delle funzioni di coordinamento nazionale in capo alla Direzione nazionale antimafia.

⁶²⁶ Non sono state inserite le seguenti fattispecie: la falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri, il danneggiamento di sistemi informatici e telematici ed i falsi informatici.

⁶²⁷ In merito, si è evidenziato come quanto previsto dal comma 4-*ter* dell'art. 132 del D. Lgs. 196/2003 sia applicabile – alla luce della definizione di *service provider* contenuta nella Convenzione di Budapest – anche ai *content provider*, che in precedenza non erano destinatari di specifici obblighi (NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in Guida dir., 2008, 16, 69 ss. e quivi 70). Sul punto, v. *infra*, sub Cap. IV.

periodo non superiore a novanta giorni⁶²⁸, esclusi in ogni caso i contenuti della comunicazione, per finalità investigative preventivo o di accertamento e repressione di specifici reati⁶²⁹. L'efficacia del provvedimento è subordinata all'intervento della convalida entro quarantotto ore da parte del pubblico ministero del luogo di esecuzione: a tutela della *privacy* del cittadino è dunque espressamente previsto il vaglio dell'autorità giudiziaria.

Per quanto concerne il Titolo III della Convenzione relativo alla cooperazione internazionale, trattandosi di norme essenzialmente conformi al diritto internazionale generale e convenzionale, nonché alle disciplina italiana in materia, il legislatore ha provveduto al suo recepimento semplicemente autorizzando la ratifica ed ordinando l'esecuzione di questa parte della Convenzione⁶³⁰.

Infine, la Legge 48/2008 ha individuato nel Ministro della Giustizia l'organo competente in materia di esecuzione delle richieste di mutua assistenza con le autorità straniere nell'ambito dei procedimenti inerenti ai delitti informatici e ha attribuito al Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia, il compito di individuare il punto di contratto di cui all'art. 35 della Convenzione (art. 13).

⁶²⁸ È previsto inoltre che il provvedimento, prorogabile per motivate esigenze per una durata complessiva non superiore a sei mesi, può prevedere particolari modalità di custodia dei dati e l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi informatici o telematici ovvero di terzi.

⁶²⁹ La modifica in commento è stata criticata per l'indiscriminata estensione a qualunque reato e non ai soli reati previsti dalla Convenzione di Budapest (CUNIBERTI M., GALLUS G.B., MICOZZI F.P., ATERNO S., *Commento alla legge di ratifica della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, luglio 2008, accessibile all'indirizzo <http://computerlaw.files.wordpress.com/2008/06/commento-budapest.pdf>).

⁶³⁰ GUERNELLI M., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul cybercrime: considerazioni sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 753 ss. e quivi 769.

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI *PROVIDER* IN MATERIA DI PEDOFILIA

1 *Provider e responsabilità penale*

Nella lotta ai *cybercrime* a sfondo sessuale, primaria importanza viene riconosciuta alla problematica della configurabilità di una responsabilità penale in capo ai fornitori di accesso e gestori di servizi in Rete per comportamenti abusivi e comunicazioni illecite via Internet, sia per gli istituti di parte generale che investe, sia per un interesse pratico a verificare l'applicabilità in sede giudiziale delle disposizioni vigenti, nonché *de jure condendo* l'eventuale opportunità dell'adozione di nuove specifiche regole in materia.

La centralità del ruolo dei fornitori di accesso e gestori di servizi in Rete o *provider* (comunemente indicati anche con l'acronimo "ISP", *Internet Service Provider*) discende dalla circostanza che essi rappresentano la necessaria interfaccia tra gli utenti finali ed i gestori delle reti telefoniche nazionali ed internazionali per l'accesso e l'utilizzo di Internet. I *provider*, infatti, sono quei soggetti che possiedono una connessione permanente con la rete telematica e attraverso il cui supporto tecnico ed organizzativo gli utenti possono accedere e navigare nella Rete, con possibilità di visionare, scambiare e divulgare dati informatici e fruire di tutti gli altri servizi telematici offerti da Internet.

Con l'espressione "*internet service provider*" si fa riferimento genericamente ai fornitori di servizi su Internet; tuttavia, tale definizione identifica in realtà una pluralità di soggetti che svolgono differenti funzioni e devono essere tenuti distinti, anche ai fini dell'individuazione di una loro eventuale responsabilità⁶³¹.

In particolare, nell'ambito di tale categoria, si suole distinguere tra:

- *network providers*: proprietari delle infrastrutture di telecomunicazione;
- *access provider* o fornitori di accesso o connettività: tali soggetti offrono, gratuitamente o a pagamento, l'accesso alla Rete, assegnando all'utente una *user name* e una *password* quali codici identificativi e di accesso;

⁶³¹ Cfr. per tutti, GALDIERI P., *Internet ed illecito penale*, in *Giur. merito*, 1998, 856 ss. e quivi 863.

- *service provider* o fornitori di servizi: essi si rivolgono all'utente finale consentendogli il collegamento ad Internet e fornendogli ulteriori servizi (*in primis, web ed e-mail*). Rientrano in questa categoria, tra gli altri, i soggetti che si occupano di consentire agli utenti della Rete di leggere i messaggi lasciati da altri utenti in relazione ad un determinato argomento o di scriverli a loro volta (*bulletin board operator*), quelli che predispongono liste di discussione, libere o moderate, a seconda che l'operatore selezioni o meno i messaggi da pubblicare (*newsgroup operator*), o che permettono agli utilizzatori una comunicazione tra loro in tempo reale (*chat room operator*), ed anche gli intermediari che consentono, attraverso l'utilizzo di motori di ricerca funzionanti per parola chiave, di localizzare i siti che contengono gli elementi selezionati (*information location tool provider*);
- *content provider* o fornitori di contenuti: soggetti che, direttamente o indirettamente, mettono a disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo o protocollo tecnico, dati, informazioni e programmi informatici, e che svolgono un ruolo che trascende la mera opera di intermediazione tecnica;
- *hosting provider*: soggetti che offrono al pubblico spazi sui propri *server* raggiungibili dall'esterno, in comune (*shared*) o dedicati (*dedicated*) per funzioni accessorie;
- *housing provider*: soggetti che offrono la possibilità di collegare *computer* di proprietà del cliente alla rete Internet⁶³².

A queste figure deve aggiungersi quella del c.d. *maintener*, che non è un vero e proprio *provider*, in quanto non è un intermediario di Internet, bensì un operatore che interagisce burocraticamente e tecnicamente con gli enti preposti alla registrazione dei nomi di dominio per conto del *provider* che intende "aprire" un sito *web*.

⁶³² Le varie tipologie di *housing provider* sono riconducibili alla più generale categoria degli ASP (*Application Service Provider*), che ricomprende tutti quei soggetti che forniscono come servizio l'utilizzo di un'applicazione informatica (*hardware, software o network*), ovvero servizi applicativi in *outsourcing* via *web* o rete. In merito alle diverse figure di operatori in Internet, v. SARTI D., *I soggetti di Internet*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 27 ss.; GATTEI C., *Application service provider e Internet service provider*, in AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, a cura di CASSANO G., Milano, 2002, 322 ss.; COMANDÈ G., SICA S., *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, 221 ss.; CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 286; JULIÀ-BARCELÓ R., *Liability for On-line Intermediaries: a European Perspective*, in *European Intellectual Property Review*, 1998, 453 e ss. e quivi 454.

Proprio in ragione dello svolgimento delle suddette attività ed in considerazione del fatto che i minori costi di accesso e pubblicazione di contenuti in Internet hanno generato un incremento numerico enorme dei soggetti che accedono alla Rete e vi immettono dati, e così anche inevitabilmente un notevole aumento della commissione per via telematica di illeciti di vario tipo, ha assunto via via una crescente rilevanza la problematica della responsabilizzazione degli ISP in relazione alle violazioni compiute nella Rete, in prima persona ovvero da parte di utenti o terzi che fanno uso delle loro piattaforme tecnologiche o dei servizi dagli stessi prestati. In dottrina, si è evidenziato, infatti, come «le enormi potenzialità diffusive di Internet, strumento che permette di inviare messaggi, immagini, filmati e ogni altro tipo di comunicazione all'interno di pagine *web*, *chatline*, *mailing lists*, *newsgroup*, ecc., ampliano la gamma dei possibili illeciti fino a ricomprendere fattispecie assai diverse fra loro»⁶³³.

Peraltro, recentemente, la Rete sta conoscendo un fenomeno evolutivo, denominato *Web 2.0*, che si caratterizza per uno spiccato livello di interazione sito-utente, reso possibile da una serie di applicazioni *on line* quali *blog*, *forum*, *chat*, sistemi come *Wikipedia*, *Youtube*, *Facebook*, *Myspace*, *Gmail*, *Wordpress*, ecc.⁶³⁴. Questa, che viene ritenuta la nuova filosofia di Internet, da un lato, comporta sempre più l'impossibilità di un qualsiasi tipo di controllo preventivo sull'immensa mole di materiali immessi nella Rete, e, dall'altro, rende al contempo un intervento successivo "correttivo" – qualora si tratti, ad esempio, di contenuti osceni, diffamatori o lesivi della *privacy* – difficilmente praticabile.

Da tempo, pertanto, è generalmente sentita l'esigenza di fissare regole di carattere generale che disciplinino Internet e ne contrastino efficacemente l'uso distorto, affinché non divenga un *medium* incontrollabile, e di armonizzare in materia le legislazioni nazionali. Tale esigenza assume un rilievo ancor maggiore nel campo del diritto penale, considerata l'acclarata possibilità di sfruttare la Rete per la commissione di reati che offendono beni giuridici di primaria importanza, allo scopo di evitare che gli abusi e gli

⁶³³ RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008, 380. V. inoltre, GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23 novembre 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/gattei2.htm>; MONTI A., *Uno spettro si aggira per l'Europa: la responsabilità del provider*, 12 ottobre 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/amonti40.htm>.

⁶³⁴ Definizione tratta da Wikipedia ed accessibile all'indirizzo http://it.wikipedia.org/wiki/Web_2.0#cite_note-0.

illeciti commessi via Internet ne pregiudichino la sicurezza, limitandone conseguentemente la diffusione e l'utilizzo, a discapito della collettività.

Tuttavia, ad oggi, in Italia il legislatore penale non è ancora intervenuto esplicitamente a disciplinare presupposti e limiti di un'eventuale responsabilità penale degli operatori e fornitori di servizi in Rete per i fatti illeciti ivi commessi, sia direttamente, sia da utenti o da terzi, con abuso delle potenzialità comunicative offerte dalla realtà virtuale⁶³⁵.

È stato scritto in dottrina che «da un lato la diffusività del mezzo comunicativo e la sua facile accessibilità rendono agevole la produzione, anche frequente, di lesioni molto gravi delle altrui situazioni potette ed esigono pertanto l'apprestamento di garanzie idonee ad evitare che la rete si trasformi in uno spazio senza regole ove tutto è possibile in quanto è agevole restare impunti (ed è evidente che tali esigenze facciano propendere per regimi di responsabilità che consentano agevolmente di individuare il responsabile e al tempo stesso garantiscano il risarcimento al danneggiato: responsabilità oggettiva o comunque aggravata dell'ISP). Dall'altro, è pure evidente che l'attribuzione all'ISP di un regime troppo gravoso di responsabilità finirebbe per inibirne o, quanto meno, ridurne l'attività con conseguenze facilmente prevedibili sullo sviluppo della Rete e sulle enormi possibilità che la stessa fornisce sia nel campo dei rapporti economici che in quello dello sviluppo della personalità e della libertà di manifestazione del pensiero»⁶³⁶.

In sostanza, è chiaro che le peculiari caratteristiche e possibilità tecnico-comunicative di Internet (ed in particolare la delocalizzazione, il parziale anonimato, l'istantaneità della comunicazione, l'anarchia, l'evanescente fluidità, la vulnerabilità intrinseca del cibernazio) rendono in generale estremamente difficile l'individuazione dell'autore materiale dei contenuti illeciti immessi in Internet e quindi anche del soggetto attivo dei reati commessi *on line*⁶³⁷.

Da qui nasce la tendenza che si va via via affermando ad individuare nel *provider* – che fornisce agli utenti di Internet i principali servizi telematici, ossia il mezzo o lo spazio

⁶³⁵ PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 283 ss. e quivi 284; ID., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss.

⁶³⁶ BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss. e quivi 836.

⁶³⁷ RISTUCCIA R., TUFARELLI L., *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, 19 giugno 1997, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/ristufa.htm>; PARODI C., *Responsabilità dei provider e accertamento degli illeciti telematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1549 ss.

virtuale di commissione dell'illecito – il responsabile *tout court* degli illeciti commessi nella Rete⁶³⁸.

E, senza dubbio, l'individuazione nell'ISP del soggetto responsabile o corresponsabile dell'illecito comporterebbe una significativa semplificazione sul piano probatorio, in quanto consentirebbe di individuare sempre un centro di imputazione delle condotte criminose conosciuto e di interloquire con un soggetto dotato di una certa stabilità economica, la cui responsabilità peraltro potrebbe trovare fondamento nel controllo che lo stesso può o deve esercitare sulle informazioni immesse nel ciberspazio⁶³⁹.

Tuttavia, tale constatazione si scontra con la necessità di evitare di creare un regime troppo gravoso di responsabilità in capo ai *provider*, che finirebbe per ridurne grandemente o addirittura inibirne l'attività, con prevedibili conseguenze negative sia sullo sviluppo della Rete, sia sulle enormi possibilità offerte da Internet nel campo dei rapporti economici ed in quello dello sviluppo della personalità e della libertà di manifestazione del pensiero⁶⁴⁰.

Peraltro, non è accettabile che le difficoltà riscontrate nell'individuare nella realtà virtuale un preciso centro di imputazione di effetti giuridici possano tradursi in un'operazione di automatico riconoscimento di responsabilità in capo al fornitore di accesso o gestore di servizi su Internet, tanto più in ragione dell'elevato grado di intrinseca vulnerabilità del ciberspazio che consegue alle continue innovazioni nei sistemi tecnologici e di sicurezza che caratterizzano la realtà tecnologica⁶⁴¹.

Inoltre, con specifico riferimento all'ordinamento penale, è evidente il rischio che tale opzione generi costruzioni dogmatiche prossime al paradigma di una responsabilità oggettiva o di posizione, che contrasta in mondo insanabile con il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), che, da un lato, non consente di

⁶³⁸ In argomento, RUGGIERO F., *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'Internet provider*, in *Giur. merito*, 2001, 586 ss. e quivi 588.

⁶³⁹ MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss. e quivi 63; SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 743 ss.; ID., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet - II*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1193 ss.; PARODI C., CALICE A., *Responsabilità penali e Internet. Le ipotesi di responsabilità penale nell'uso dell'informatica e della telematica*, Milano, 2001, 29 ss.

⁶⁴⁰ BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss. e quivi 836.

⁶⁴¹ CORRIAS LUCENTE G., *Prime considerazioni in tema di responsabilità penale e gestione dei sistemi informatizzati con particolare riguardo ai sistemi esperti*, in *Dir. inf.*, 1989, 117 ss. e quivi 135.

ricondere alcuna ipotesi criminosa ad un soggetto sul mero presupposto della posizione dallo stesso ricoperta e, dall'altro, lega indissolubilmente l'affermazione di colpevolezza alla diretta attribuibilità del fatto illecito all'individuo⁶⁴².

1.1 La disciplina della responsabilità dei *provider* nei codici di autoregolamentazione

Come noto, con riferimento ad Internet, si è registrato l'affermarsi di un diffuso convincimento circa la necessità ed anzi l'urgenza di adottare appositi codici di autoregolamentazione, ritenendosi questa l'unica – o comunque una praticabile – via per disciplinare la Rete, pur se, all'evidenza, una tale soluzione, in ragione della scarsa "giuridicità" che caratterizza le regole fissate dagli interessati senza alcun intervento statale, non può ritenersi risolutiva⁶⁴³.

Ad esempio, la risoluzione del Consiglio dei Rappresentanti dei Governi e degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio del 17 febbraio 1997 relativa alle informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet (97/C 70/01) ha espressamente invitato gli Stati membri ad «incoraggiare e agevolare sistemi di autoregolamentazione, che includano organismi rappresentativi dei fornitori e degli utenti dei servizi su Internet, codici di condotta efficaci ed eventualmente dispositivi di segnalazione ("*hot-line*") a disposizione del pubblico» (punto 4)⁶⁴⁴.

In Italia, inoltre, il Garante per la protezione dei dati personali è intervenuto sul tema della regolamentazione di Internet, affermando «la necessità di mettere a punto una strumentazione adeguata alla nuova realtà che dev'essere regolata [...] Nasce così la

⁶⁴² Sulla necessità del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale anche nel cibernazio, v. MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 151; COSTANZO P., voce "*Internet (diritto pubblico)*", in *Dig. disc. pubbl.*, IV Agg., 2000, 347 ss. e quivi 368; VALASTRO A., *La tutela penale delle comunicazioni intersoggettive, fra evoluzione tecnologica e nuovi modelli di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 989 ss. e quivi 1023; AA. VV., *Il Diritto nel Cyberspazio*, a cura di BRUGALETTA F., LANDOLFI F.M., Napoli, 1999, 130.

⁶⁴³ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf.*, 1999, 1049 ss. In tema, v. inoltre WAIDE I., *Regolamentazione normativa, applicazione pratica ed autoregolamentazione. Una nuova alleanza per combattere i contenuti illeciti e dannosi in Internet*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004, 365 ss., che sottolinea l'importanza di una creazione di una "alleanza" tra regolamentazione normativa, amministrazione della giustizia e autoregolamentazione al fine di un efficace controllo del *cyberspace*.

⁶⁴⁴ Accessibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997X0306:IT:HTML>.

spinta verso forme di autodisciplina, verso un uso di strumenti contrattuali, che non hanno solo la funzione di colmare temporaneamente una lacuna, ma di identificare una diversa e più complessa strategia di regolazione»⁶⁴⁵. Il Garante ha citato in proposito la Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali che «per sé considerata [...] si colloca nella dimensione sovranazionale e obbliga gli Stati nazionali ad adeguare la legislazione interna alle sue prescrizioni. Al tempo stesso, però, attribuisce specifica rilevanza ai codici di autodisciplina, che gli Stati membri devono incoraggiare, e lascia posto anche al ricorso agli strumenti contrattuali» e sostiene conclusivamente che «l'integrazione delle fonti tradizionali esige l'intervento di discipline individuali (contratto) o di settore (codici di autoregolamentazione), che si presentano anche come la prima forma della disciplina giuridica (eventualmente in attesa di altre forme di intervento)».

Con specifico riferimento alla tutela dei minori dalle insidie della Rete, è stato adottato il Codice di autoregolamentazione "Internet e minori", firmato il 19 novembre 2003 dal Ministro delle Comunicazioni, Maurizio Gasparri, e dal Ministro per l'Innovazione Tecnologica, Lucio Stanca, assieme alle più rappresentative associazioni di *provider*⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ RODOTÀ S., *Anche il diritto insegue la società che corre, e cambia*, Telèma n. 11, 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.lomb.cgil.it/ext/mai/telema.htm>.

⁶⁴⁶ Il Codice è accessibile all'indirizzo www.comunicazioni.it/binary/min_comunicazioni/codice_autoregolamentazione/codice_minori.pdf. In materia, si deve ricordare inoltre la bozza di «Codice di autoregolamentazione per i servizi Internet» (accessibile all'indirizzo: <http://www.privacy.it/codeonprovideraiip.html>), redatta da un gruppo di lavoro composto da esperti dell'Associazione Italiana Internet Provider (AIIP), dell'Associazione Nazionale Editoria Elettronica (ANEE), di Telecom Italia e di Olivetti, e diffusa il 22 maggio 1997 a seguito di un incontro svoltosi presso il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni. L'art. 4 di tale bozza, relativo ai «Principi generali di responsabilità», prevede che: «1. Il fornitore di contenuti è responsabile delle informazioni che mette a disposizione del pubblico. (...) 3. Nessun altro soggetto di Internet può essere ritenuto responsabile, salvo che sia dimostrata la sua partecipazione attiva. Per partecipazione attiva si intende qualsiasi partecipazione diretta all'elaborazione di un contenuto. 4. La fornitura di prestazioni tecniche senza conoscenza del contenuto non può presumere la responsabilità dell'attore che ha fornito tali prestazioni». Il successivo art. 6.1 precisa inoltre che in tema di obblighi relativi alla tutela della dignità umana, dei minori e dell'ordine pubblico «qualunque soggetto di Internet venga direttamente a conoscenza dell'esistenza di contenuti accessibili al pubblico di carattere illecito, provvede ad informare direttamente l'autorità giudiziaria». Il limite di questo documento, tuttavia, oltre che nel suo carattere non definitivo, risiede nel fatto che l'adesione allo stesso «è volontaria e aperta a tutti i soggetti di Internet operanti in Italia o in lingua italiana» e che i soggetti obbligati alla sua osservanza sono solo «coloro che lo abbiano sottoscritto», cosicché ne risulta ulteriormente ridotta e limitata l'efficacia. In argomento, v.: CORASANITI G., *Ipotesi di codice di autodisciplina per la comunicazione telematica*, 31 maggio 1995, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/corasan1.htm>; CAMMARATA M., *Chi deve osservare il codice deontologico degli Internet provider?*, 30 aprile 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/codart3.htm>; DONATO B., *La responsabilità dell'operatore di sistemi telematici*, in *Dir. inf.*, 1996, 135 ss. e quivi 143-144. Inoltre, sempre con riferimento alla tutela dei minori, sulla Gazzetta Ufficiale del 13 novembre 2006 n. 264, è stata pubblicata la Deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali recante «Aggiornamento della Carta di Treviso, richiamata

Il Codice rientra appieno nella categoria dei codici deontologici, i quali adempiono tradizionalmente sia alla finalità di prevedere sanzioni disciplinari rispetto a fatti non costituenti reato ma lesivi dell'onorabilità della categoria dalla quale sono emanati, sia a quella di provvedere a far fronte ad una situazione di vuoto normativo, allo scopo di rendere superfluo l'intervento del legislatore ovvero di fornirgli criteri orientativi destinati a valere nei confronti degli associati⁶⁴⁷.

Il Codice si ispira al principio di co-regolamentazione: esso, infatti, da un lato, impegna l'industria a dotarsi di regole e ad adottarle, e, dall'altro, prevede la vigilanza di un organismo di controllo pubblico sul rispetto delle stesse, in una sorta di "autoregolamentazione regolata"⁶⁴⁸.

Tra i principali strumenti che i fornitori di accesso alla Rete aderenti al Codice si impegnano ad offrire a tutela degli utenti di Internet minori d'età vi sono: un marchio di identificazione e garanzia (Internet@minori); una sorta di bollino blu che rimanda ad apposite pagine *web* con le quali fornire informazioni sulle corrette modalità per un utilizzo sicuro di Internet; servizi di navigazione differenziata che impediscono ai minori di incontrare siti dannosi alla loro crescita; classificazione dei contenuti, che vanno subordinati ad accesso condizionato; sistemi di individuazione dell'età dell'utente, pur nel rispetto delle norme sul trattamento dei dati personali; custodia delle *password* di accesso ai servizi assegnate agli utenti con adeguate misure di sicurezza; protezione dell'anonimato, anche se l'aderente al Codice deve essere effettivamente informato della reale identità personale del soggetto cui viene concesso di fruire dell'anonimizzazione (in ogni caso, l'aderente è tenuto a fornire i propri servizi solo ed

dal Codice di deontologia, relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica (Deliberazione n. 46/96)» (accessibile all'indirizzo <http://www.odg.it/site/files/Carta%20di%20Treviso.pdf> e in *Guida dir.*, 2007, 3, 116 e ss., con commento di MALAVENDA C., *Vietate le partecipazioni televisive se si lede la dignità del ragazzo*, in *ibid*, 120 ss.). La Carta di Treviso è un protocollo firmato il 5 ottobre 1990 (e già modificato con il Vademecum del 25 novembre 1995) dall'Ordine dei giornalisti, dalla Federazione nazionale della stampa italiana e da Telefono azzurro, con l'intento di disciplinare i rapporti tra informazione e infanzia. Il documento si incentra sul principio della difesa dell'identità, della personalità e dei diritti del minore vittima, o colpevole di reati, o comunque coinvolto in situazioni che potrebbero compromettere la sua psiche, e dei soggetti che vivono ai margini della società. La Carta di Treviso costituisce una norma vincolante di autoregolamentazione per i giornalisti italiani. Con l'aggiornamento del 2006, la tutela accordata dal documento è stata estesa anche al giornalismo *on line*, a quello multimediale e alle altre forme di comunicazione giornalistica che utilizzano strumenti tecnologici.

⁶⁴⁷ SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 751-752.

⁶⁴⁸ COMITATO INTERNET E MINORI, *Libro bianco Internet e minori, opportunità e problematiche*, Roma, 2007, 103 ss.

esclusivamente a utenti identificati direttamente o identificabili tramite elementi univoci anche se indiretti).

Gli aderenti al Codice, inoltre, dichiarano di impegnarsi nella gestione dei dati utili alla tutela dei minori, attraverso la conservazione per almeno sei mesi dei registri di assegnazione degli indirizzi IP e del numero IP utilizzato per l'accesso alle eventuali funzioni di pubblicazione dei contenuti, nonché nella lotta alla pedopornografia *on line*, attraverso la conservazione del numero IP utilizzato dall'utente per l'accesso alle funzioni di pubblicazione dei contenuti, anche se ospitati gratuitamente, e la collaborazione con le autorità competenti, in particolare con il Servizio della Polizia Postale e delle Comunicazioni, al fine di rendere identificabili gli assegnatari delle risorse di Rete utilizzate per la pubblicazione dei contenuti ospitati presso i propri *server*, entro e non oltre i tre giorni lavorativi successivi al ricevimento del provvedimento dell'autorità richiedente.

La vigilanza sulla corretta applicazione del Codice è affidata al Comitato di Garanzia, composto da undici membri (quattro designati dalle associazioni dei *provider*, quattro da funzionari ministeriali, tre da associazioni per la tutela dei minori), con poteri di vigilanza e di segnalazione di eventuali inottemperanze al Codice medesimo.

Chiunque ritenga che sia intervenuta una violazione degli obblighi da parte di un aderente al Codice può comunicarlo, per via telematica, al Comitato, dando avvio in tal modo ad un procedimento di autodisciplina, che prevede, quali sanzioni, il richiamo, la censura, la revoca dell'autorizzazione all'uso del marchio "Internet e Minori" e, da ultimo, la pubblicazione del provvedimento di revoca su un apposito sito *web*.

Quanto ai profili di responsabilità dei *provider*, il Codice rimane alquanto generico.

Esso prevede, con riferimento all'*access provider* che aderisca al Codice, l'obbligo di verificare, direttamente o indirettamente, l'accesso alla Rete e di introdurre nei contratti di accesso ad Internet clausole che responsabilizzano il cliente anche per l'uso dei servizi concessi a terzi.

Quanto all'*hosting* o *housing provider*, qualora fornisca un servizio dedicato, si prevede che lo stesso debba ugualmente identificare con «ragionevole certezza» il proprio cliente che ha il controllo degli apparati oggetto di tali servizi, mentre, qualora fornisca un servizio condiviso, si prevede che sia tenuto a conservare i dati relativi agli indirizzi IP utilizzati per l'accesso alle eventuali funzioni di pubblicazione dei contenuti.

Il *content provider*, invece, è tenuto in ogni caso a identificare in modo chiaro, ricorrendo eventualmente al sistema di accesso condizionato, la natura e i contenuti della comunicazione, adoperandosi per adeguare o rimuovere il contenuto su segnalazione del Comitato di Garanzia, e comunque delle autorità competenti.

Un'ulteriore figura individuata dal Codice è quella del gestore dell'*Internet point*⁶⁴⁹; tale soggetto è chiamato a fornire strumenti adeguati per la navigazione dei minori e a identificare, direttamente o indirettamente, l'utilizzatore dei servizi medesimi.

Non vi è dubbio che il tentativo di autoregolamentazione perseguito attraverso il Codice meriti apprezzamento, sia per l'intento di fornire attraverso l'autoregolamentazione almeno alcune linee guida cui i *provider* devono attenersi in mancanza di apposite previsioni legislative, sia per la previsione a carico degli stessi dell'obbligo di procedere alla rimozione dei materiali illeciti di cui abbiano conoscenza⁶⁵⁰.

Tuttavia, dalla lettura del Codice medesimo, emergono anche quelli che sono i principali limiti alla sua efficacia: la natura inevitabilmente volontaristica dell'adesione da parte dei *provider*⁶⁵¹ e la scarsa efficacia generalpreventiva delle miti sanzioni minacciate.

In aggiunta a ciò, non può non evidenziarsi, sotto un profilo generale, come il Codice contenga previsioni assai scarse e generiche.

⁶⁴⁹ L'art. 1.7 del Codice ne fornisce la seguente definizione: «il soggetto che mette a disposizione del pubblico locali e strumenti, non ad uso esclusivo, che consentono l'accesso ai servizi della rete Internet».

⁶⁵⁰ Tale obbligo non è previsto né dalla citata bozza di «Codice di autoregolamentazione per i servizi Internet», né dal «Codice di deontologia e di buona condotta per i servizi telematici» redatto dall'Associazione Nazionale Fornitori di Videoaudioinformazione (ANFoV) ed entrato in vigore il 1° gennaio 1998 (in TORRANI O., PARISE S., *Internet e diritto*, Milano, 1998, 163 ss., ed anche accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/testi/codanfov.htm>), che prevede a carico del *provider* esclusivamente obblighi di informativa nei confronti degli abbonati rispetto ai contenuti illegali e nocivi (art. 13). Al contrario, la «Carta delle garanzie di Internet», compilata dal gruppo di studio della rivista *InterLex*, nella bozza divulgata il 29 aprile 1998 (accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.com/testi/carta41.htm>) all'art. 10 prevede che: «1. I fornitori di accesso o di contenuti rimuovono dai propri sistemi, non appena ne vengano a conoscenza, i contenuti palesemente e inequivocabilmente illeciti o offensivi, informando, ove possibile, il responsabile dell'immissione. (...) 3. I fornitori di accesso o di contenuti informano l'attività giudiziaria nei casi in cui vengano a conoscenza di contenuti palesemente e inequivocabilmente illeciti immessi nei propri sistemi» e all'art. 9 dispone inoltre che: «1. I fornitori di accesso non sono responsabili dei contenuti provenienti dall'esterno dei propri siti o immessi direttamente dagli utenti e non sono tenuti a impedirne la visibilità, tranne che in osservanza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e fatte salve le disposizioni dell'art. 10». Questo codice, a differenza di quello AIIP, si pone come obbligatorio anche per i non aderenti e per gli utenti; tuttavia, pur essendo entrato in vigore il 1° gennaio 1998, ha incontrato problemi di efficacia analoghi a quelli del codice AIIP.

⁶⁵¹ L'art. 2.1 del Codice prevede che « Il Codice, promosso dalle Associazioni firmatarie, si applica a tutti gli Aderenti che lo sottoscrivono direttamente o attraverso le Associazioni medesime [...]».

In particolare, per quanto attiene ai profili di responsabilità dei fornitori e gestori di servizi in Internet, si evince chiaramente dalla lettura del Codice che il menzionato concetto stesso di responsabilità è del tutto indistinto.

Inoltre, quanto al fondamento di tale responsabilità, questo viene individuato esclusivamente nella diretta partecipazione del *provider* all'elaborazione dei contenuti illeciti o nocivi per i minori: trattasi all'evidenza di un presupposto eccessivamente restrittivo, che finisce per limitare la fattispecie prevista ai soli casi di responsabilità per fatto proprio. Sotto questo profilo, l'inadeguatezza del Codice risulta ancor più evidente se si pensa che, sul piano comunitario, la Dichiarazione finale del 6-8 luglio 1997 della Conferenza ministeriale europea di Bonn⁶⁵² aveva riconosciuto «la necessità di fare chiara distinzione tra la responsabilità di chi produce e mette in circolazione i contenuti e quella degli intermediari», ammettendo la possibilità di rendere i *provider* destinatari di limitati doveri di intervento, e la Proposta di decisione del Consiglio UE del 27 novembre 1997 di adozione di un piano pluriennale d'azione comunitaria per promuovere l'uso sicuro di Internet⁶⁵³ aveva previsto che «i fornitori di accesso e di servizi siano obbligati a rispettare le seguenti norme minime: assumere la piena responsabilità, compresa quella penale, per i contenuti che essi stessi mettono a disposizione; rispondere dei contenuti passibili di pena offerti da servizi esterni se i singoli contenuti concreti sono loro noti e se è loro ragionevolmente e tecnicamente possibile impedirne l'utilizzo [...]».

Alla luce delle osservazioni che precedono, si deve pertanto concludere che il Codice di autoregolamentazione “Internet e minori” non può purtroppo, allo stato, ritenersi un valido strumento atto a supplire alle carenze del quadro normativo, a fornire ai settori interessati certezza di regole e uniformità di comportamenti o a rappresentare un utile punto di riferimento per l'individuazione di criteri fondanti una responsabilità penale dei *provider*.

Probabilmente, una sua formulazione in termini più “tecnici” ed il renderlo efficace ed obbligatorio per legge per tutti i destinatari avrebbe potuto rappresentare una soluzione, quantomeno provvisoria, in attesa dell'intervento di specifiche norme con forza di legge, che regolino specificamente la materia nel rispetto delle peculiarità distintive che la contraddistinguono.

⁶⁵² Accessibile all'indirizzo <http://www.mclink.it/personal/MC8216/mercante/allegati/bonn.htm>.

⁶⁵³ Accessibile all'indirizzo <http://www.privacy.it/com1997-582.html>.

1.2 L'attuazione in Italia della direttiva CE sul commercio elettronico e la disciplina dei prestatori di servizi della società dell'informazione

Nella prassi, non è infrequente che uno stesso soggetto svolga attività proprie di diverse tipologie di *provider*, rendendo conseguentemente difficile l'inquadramento della relativa responsabilità.

A tal proposito, possibili parametri di riferimento per l'individuazione della tipologia di *provider* e della relativa responsabilità possono rinvenirsi nel Decreto Legislativo 9 aprile 2003 n. 70, recante «Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico»⁶⁵⁴, che si propone di creare regole uniformi per il commercio elettronico e di fornire, in particolare, indicazioni comuni relativamente alle regole da applicare alla prestazione di servizi della società dell'informazione⁶⁵⁵.

Il suddetto decreto, infatti, prende in considerazione diverse figure di ISP, dandone una definizione e descrivendo altresì le ipotesi di responsabilità che vi sono ricollegate⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ G.U. del 14 aprile 2003, n. 87. Il decreto in esame è stato adottato in attuazione delle Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico e della delega contenuta nell'art. 31 Legge 20 febbraio 2002, n. 39 (c.d. legge comunitaria 2001).

⁶⁵⁵ V. ZENO-ZENCOVICH V., *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in AA.VV., *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di PALAZZO A., RUFFOLO U., Milano, 2002, 137 ss.; PUOPOLO G., LIGUORI L., *La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, 7 settembre 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/ecomm/psglaw3.htm>; CAMMARATA M., *Passaggi impegnativi per gli Internet provider*, 18 marzo 2002, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/passaggi.htm>; ALCEI (Associazione per la libertà nella comunicazione elettronica interattiva), *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, 19 giugno 2002, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>; ZENO-ZENCOVICH V., *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D. Lgs. 70/2003*, in *Dir. inf.*, 2003, 505 ss. Sulla disciplina comunitaria di cui alla Direttiva 2000/31/CE, v. PALLARO P., *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi Internet in diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 137 ss.

⁶⁵⁶ Sulla responsabilità civile dei *provider*, v. BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss.; MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni ed internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss.; FRANZONI M., *Le responsabilità del provider*, in *Annali it. dir. autore*, 1998, 248 ss.; FAZZINI M., *Problemi di competenza territoriale e responsabilità del service provider in Internet*, nota a Tribunale di Roma, ordinanza del 22 marzo 1999, in *Annali it. dir. autore*, 1999, 675 ss. e quivi 683; GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23 novembre 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/gattei2.htm>; RICCIO G.M., *Anonimato e responsabilità in Internet*, nota a Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 dicembre 1999, in *Dir. inf.*, 2000, 314 ss.; RISTUCCIA R., TUFARELLI L., *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, 19 giugno 1997, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/ristufa.htm>; SAMMARCO P., *Assegnazione dei nomi di dominio su Internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, in *Dir. inf.*, 2000, 67 ss.; GAMBINI M., *Colpa e responsabilità*

Ad oggi, tale disciplina sembra porsi come normativa di riferimento ai fini di delineare le ipotesi di responsabilità civile e – per taluni profili – anche penale dei *provider*.

L'art. 2, primo comma, lett. b), definisce il «prestatore di servizi della società dell'informazione» come «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione» (*i.e.* le attività economiche svolte *on line*, i servizi definiti dall'art. 1, primo comma, lett. b, Legge 21 giugno 1986, n. 317 e successive modificazioni, nonché «qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»); alla successiva lett. c), inoltre, la citata disposizione precisa che il soggetto «prestatore stabilito» è colui che svolge l'attività di fornitura di servizi della società dell'informazione in forma imprenditoriale.

Nella definizione sopra riportata rientrano a pieno titolo anche i *provider*.

Di seguito alle definizioni preliminari, il decreto identifica e distingue le diverse attività che possono essere svolte dagli ISP.

Rilevano, in particolare, le disposizioni di cui agli artt.14, 15 e 16, che delineano le tre fondamentali figure di ISP (*provider mere conduit*, *cach provider* e *host provider*), definendone i contorni soggettivi ed associando a ciascuna di esse determinati profili di responsabilità.

L'art. 14⁶⁵⁷ disciplina le attività c.d. di *mere conduit*⁶⁵⁸, consistenti nella mera trasmissione di informazioni non proprie o nella fornitura di accesso alla Rete. Il D. Lgs. 70/2003 stabilisce l'esonero da responsabilità per i prestatori di servizio che si

nella fornitura di servizi Internet, in AA.VV., *I contratti informatici*, a cura di CLARIZIA R., in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P., GABRIELLI E., Torino, 2007, 555 ss.

⁶⁵⁷ Art. 14 D. Lgs. 70/2003 («Responsabilità nell'attività di semplice trasporto – *mere conduit*»):

«1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:

a) non dia origine alla trasmissione;
b) non selezioni il destinatario della trasmissione;
c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.

3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁶⁵⁸ Semplice trasporto.

trovano in una posizione di neutralità rispetto ai contenuti veicolati *on line*, cosicché, in generale linea di principio, il *carrier* (l'operatore telefonico) e l'*access provider* (il fornitore di connettività) non saranno responsabili di eventuali comunicazioni illecite nella Rete; essi potrebbero essere ritenuti responsabili esclusivamente nel caso in cui diano origine alla trasmissione o selezionino il destinatario della stessa o selezionino e modifichino le informazioni trasmesse.

Alla luce di tale disposizione, si evince come, in linea con i più recenti orientamenti giurisprudenziali, statunitensi ed europei, anche nella normativa comunitaria abbia trovato conferma il principio della distinzione tra *provider* che forniscono solo l'accesso alla Rete e *provider* che forniscono o producono contenuti, con conseguente differenziazione sul piano della relativa responsabilità. In particolare, secondo tale principio, non dovrebbe attribuirsi alcuna responsabilità al prestatore di servizi che si comporti da mero fornitore d'accesso, senza una produzione propria di contenuti, selezione di destinatari e operazioni di filtraggio, in quanto, in tal caso, il *provider*, limitandosi a fornire una piattaforma tecnologica che poi l'utente impiega a sua discrezione, sarebbe assimilabile ad un mero vettore, che non può pertanto ritenersi responsabile di eventuali illeciti compiuti dagli utenti che accedono alla Rete mediante la piattaforma dallo stesso messa a disposizione.

Il successivo art. 15⁶⁵⁹ concerne, invece, il c.d. *caching*⁶⁶⁰. La norma esclude la responsabilità del *provider* che, nella prestazione di un servizio, abbia effettuato la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni, se tale

⁶⁵⁹ Art.15 D. Lgs. 70/2003 («Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea – *caching*»):

«1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che:

a) non modifichi le informazioni;
b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un 'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

2. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁶⁶⁰ Memorizzazione temporanea.

memorizzazione è effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta. Sono previste, tuttavia, una serie di ipotesi nelle quali tale esenzione di responsabilità non opera, tra le quali rilevano in particolare i casi in cui il *provider* interviene sui contenuti o non agisce prontamente per rimuovere le informazioni su segnalazione di un organo giurisdizionale o amministrativo.

La disciplina dell'*hosting*⁶⁶¹, che rappresenta l'attività caratteristica svolta dal *provider* (che può andare dalla mera gestione del sito sul *server* con memorizzazione delle pagine *web*, alla tenuta di archivi informatici del cliente, con conservazione dei *file* di *log*), è disciplinata dall'art. 16⁶⁶² del decreto in commento. La disposizione prevede che l'*host provider* non è responsabile delle informazioni memorizzate alle seguenti due condizioni: i) se non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità della attività o informazione; e ii) se, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione dell'autorità competente, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso (art. 16, primo comma)⁶⁶³.

Il secondo comma dell'art. 16 introduce un limite all'esonero di responsabilità previsto dal primo comma: l'*host provider* è responsabile qualora il destinatario del servizio agisca sotto la sua autorità o il suo controllo.

⁶⁶¹ Memorizzazione di informazioni.

⁶⁶² Art.16 D. Lgs. 70/2003 («Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – *hosting*»):
«1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:
a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;
b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.
2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.
3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁶⁶³ Sul punto, è stato osservato come «alla normativa nazionale di recepimento va il merito di aver chiarito, rispetto alla direttiva europea che ne ha condizionato l'emanazione, come la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso da parte del *provider* normalmente, e dunque se non diversamente disposto per ipotesi tassativamente indicate, siano doverose solo in seguito ad un'espressa comunicazione dell'autorità competente, e quindi in casi nei quali la valutazione in termini di illiceità dei contenuti immessi in rete è stata già compiuta nelle sedi opportune» (SPAGNOLETTI V., *La responsabilità dei provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1925).

Deve, infine, evidenziarsi come il prestatore di servizi è comunque tenuto ad impedire od a porre fine ad un illecito a fronte di un ordine dell'autorità giudiziaria o dell'autorità competente (art. 16, terzo comma).

Un'ulteriore norma di grande rilievo contenuta nel D. Lgs. 70/2003 è quella di cui all'art. 17⁶⁶⁴. La disposizione in esame, infatti, stabilisce che non sussiste a carico del prestatore né un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né un obbligo generale di ricercare attivamente ed in via preventiva fatti o circostanze che indichino lo svolgimento di attività illecite (fermi, comunque, gli obblighi di informazione all'autorità giudiziaria o amministrativa di controllo e la responsabilità civile espressamente previsti)⁶⁶⁵.

Con tale norma, il D. Lgs. 70/2003 ha inteso evitare il rischio che gli illeciti commessi dai «destinatari del servizio»⁶⁶⁶ possano essere imputati direttamente in capo agli ISP a titolo di responsabilità oggettiva: sia la Direttiva 2000/31/CE, sia la normativa italiana di recepimento, hanno escluso espressamente in capo agli ISP un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono e memorizzano, riconducendo i differenti regimi di responsabilità a determinate categorie di attività che possono essere svolte, a seconda dei casi, congiuntamente o disgiuntamente dal medesimo operatore.

⁶⁶⁴ Art.17 D. Lgs. 70/2003 («Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza»):

«1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto:

a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;

b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

⁶⁶⁵ L'art. 17 del D. Lgs. 70/2003, pur riproducendo quasi pedissequamente l'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE, se ne è in parte differenziato per il seguente aspetto: mentre la normativa comunitaria prevedeva la possibilità per gli Stati membri di stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione fossero tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente circa presunte attività o informazioni illecite riconducibili ai propri utenti, o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati, la normativa italiana ha reso entrambe tali condotte obbligatorie.

⁶⁶⁶ In base all'art. 2, comma 1, lett. d), D. Lgs. 70/2003, deve intendersi per destinatario del servizio «il soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni».

Anche in questo caso, la normativa comunitaria si è conformata ai principi elaborati dalla giurisprudenza statunitense ed europea, ritenendo di non poter far gravare sui *provider* una serie di obblighi di controllo, che, in quanto tecnicamente difficilmente realizzabili e comunque onerosi, avrebbero potuto scoraggiare fortemente l'esercizio dell'attività imprenditoriale dei prestatori, ostacolando gravemente in tal modo anche lo sviluppo della Rete.

L'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE è chiaro sul punto e prevede espressamente il divieto per gli Stati membri di prevedere a carico dei prestatori sia «un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano», sia «un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecita» (comma 1); agli Stati membri è consentito unicamente stabilire che gli ISP debbano comunicare tempestivamente alle autorità gli illeciti riscontrati sui propri sistemi (comma 2).

A fronte di tale espressa esclusione di un obbligo generale di sorveglianza, la normativa italiana di recepimento si è pertanto limitata a prevedere che il prestatore sia comunque tenuto: i) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione (comma 2, lett. a); ii) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite (comma 2, lett. b).

Inoltre, al terzo comma dell'art. 17, il D. Lgs. 70/2003 ha sancito la responsabilità civile del prestatore che non agisca prontamente per impedire l'accesso ai contenuti dei servizi erogati su richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza, o che, pur essendo venuto a conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale fornisce l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente.

In relazione alla normativa comunitaria di cui alla Direttiva 2000/31/CE ed al relativo decreto di recepimento, si deve sottolineare come il suo pregio risieda senza dubbio nell'aver positivamente introdotto la differenziazione tra le varie categorie di *provider* e nell'aver altresì graduato gli obblighi cui i *provider* devono ottemperare per prevenire

gli illeciti od attenuarne le conseguenze in relazione alle possibilità di controllo e di intervento sul materiale immesso nei loro *server* dagli utenti.

Inoltre, merita apprezzamento anche la scelta del legislatore italiano di non ricollegare alla violazione degli obblighi previsti dal D. Lgs. 70/2003 alcuna sanzione penale, bensì unicamente una forma responsabilità di natura amministrativa e civile in capo agli ISP.

La disposizione di cui all'art. 21 («Sanzioni») del D. Lgs. 70/2003, infatti, sanziona la violazione degli obblighi previsti dal decreto con l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi della Legge 24 novembre 1981, n. 689, facendo salvo espressamente il caso il cui il comportamento tenuto integri una fattispecie di reato. Tale disciplina, peraltro, risponde agli scopi della Direttiva 2000/31/CE, che, come si ricava dalla lettura dei considerando n. 8⁶⁶⁷, concernono l'apertura dei mercati e la libera circolazione di merci e servizi, nonché l'intento di evitare che la responsabilizzazione dei prestatori divenga un ostacolo a questi obiettivi, rimanendone invece esplicitamente esclusa l'armonizzazione del diritto penale in quanto tale⁶⁶⁸.

In merito, peraltro, in dottrina si è osservato come, se è vero che la disciplina contenuta nel D. Lgs. 70/2003 configura «una regolamentazione “privilegiata”, perché circoscrive il campo di responsabilità dei *provider* rispetto a quella che potrebbe discendere dall'applicazione dei principi generali», ciononostante «in concreto essa assume anche un importante carattere prescrittivo ed innovativo, data la puntuale individuazione degli obblighi che loro incombono, aventi rilievo anche per la responsabilità penale»⁶⁶⁹. Gli obblighi previsti dal decreto, infatti, sono contenuti in una fonte rispettosa dell'esigenza di legalità e sarebbero pertanto, quantomeno in linea teorica, idonei a rappresentare quegli obblighi giuridici che costituiscono il presupposto chiave della responsabilità omissiva *ex art. 40, cpv., c.p.*, nonché di un'eventuale concorso nel reato mediante omissione *ex art. 110 c.p.*

⁶⁶⁷ Si legge, infatti, nel considerando n. 8 della Direttiva 2000/31/CE che: «La presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, e non di armonizzare il settore del diritto penale in quanto tale».

⁶⁶⁸ MINOTTI D., *Perché il “decreto Gentiloni” non piace ai provider*, 28 febbraio 2007, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti12.htm>.

⁶⁶⁹ PICOTTI L., *Commento all'art. 600 ter, terzo comma, c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 210.

1.3 Gli obblighi dei *provider* nella Legge 269/1998 e nel c.d. “decreto Gentiloni”

Quanto alla responsabilità dei *provider* in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori, la Legge 38/2006 ha introdotto nella Legge 269/1998 un'articolata disciplina che attribuisce specifici e speciali obblighi agli operatori professionali ed imprenditori (quali operatori turistici, bancari e finanziari, nonché fornitori di servizi in Rete) che svolgono attività connesse ai comportamenti che la legge intende reprimere⁶⁷⁰.

In particolare, l'art. 19 Legge 38/2006 ha introdotto nella Legge 269/1998 gli artt. 14-*ter* e 14-*quater*, disposizioni che prevedono a carico dei «fornitori dei servizi della società dell'informazione resi attraverso reti di comunicazione elettronica» e sanzionano in via amministrativa specifici obblighi inerenti alla segnalazione, informazione e conservazione di notizie e dati destinati al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet⁶⁷¹, nonché all'utilizzazione di strumenti di filtraggio secondo requisiti individuati con apposito decreto ministeriale.

In applicazione dei principi dettati in materia dalla normativa comunitaria⁶⁷², l'art. 14-*ter*, primo comma, Legge 269/1998 non ha introdotto un obbligo generale di sorveglianza in capo ai *provider*, bensì i seguenti singoli specifici doveri di informazione e comunicazione, sia ad iniziativa dei *provider*, sia a richiesta dell'autorità: i) segnalare al Centro, qualora ne vengano a conoscenza, le imprese o i soggetti che, a qualunque titolo, diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche

⁶⁷⁰ Si tratta in particolare del Capo II «Norme contro la pedopornografia a mezzo Internet» della Legge 38/2006, costituito dagli artt. 19-20.

⁶⁷¹ Il Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet è stato istituito presso il servizio di Polizia postale e delle comunicazioni del dipartimento della Pubblica Sicurezza, ai sensi dell'art. 14-*bis* della Legge 269/1998, come modificata dalla Legge 38/2006, al fine di contrastare i criminali che, avvalendosi di Internet e di altre reti di comunicazione, commettono reati a sfondo sessuale a danno dei minori. La funzione del Centro è quella raccogliere tutte le segnalazioni provenienti anche da organi di polizia stranieri, da soggetti pubblici, da associazioni di volontariato, da *provider* e da privati cittadini impegnati nella lotta alla pornografia minorile. Le segnalazioni possono riguardare i siti, ma anche i gestori e gli eventuali beneficiari che, in caso di riscontro positivo, vengono inseriti dalla Polizia in un elenco tenuto costantemente aggiornato (c.d. *black list*). La Legge 38/2006 ha istituito, inoltre, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, con il compito di monitorare il fenomeno e di far dialogare tutte le istituzioni interessate, inclusi gli organi giudiziari e i servizi sociali.

⁶⁷² L'art. 17 D. Lgs. 70/2003, che ha recepito il disposto dell'art. 15 («Assenza di un obbligo generale di sorveglianza») della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, fa espresso divieto agli Stati membri di imporre ai *provider* «di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite», mentre consente loro di «stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati» (art. 15, secondo comma).

in via telematica, di materiale pedopornografico, nonché comunicare senza indugio al Centro, che ne faccia richiesta, ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti; ii) conservare il materiale oggetto delle segnalazioni suddette per almeno quarantacinque giorni.

La violazione di tali obblighi è sanzionata con sanzioni amministrative pecuniarie da euro 50.000,00 ad euro 250.000,00; peraltro, nel caso di violazione degli obblighi di cui al punto i), è prevista espressamente la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca reato».

In relazione alla violazione dei suddetti obblighi, in dottrina vi è stato chi ha osservato come verrebbero così a configurarsi dei «nuovi illeciti omissivi puri, sanzionabili anche a mero titolo di colpa, che a ben vedere in nessuna delle due ipotesi fanno escludere un'eventuale responsabilità anche penale, a titolo di dolo, dei *service provider* per i reati, come quello in esame [art. 600-ter, c.p., n.d.r.], che loro utenti o terzi commettano in Internet, a condizione che l'osservanza degli obblighi stessi li avrebbe impediti e che sussistano tutti gli altri presupposti oggettivi e soggettivi della responsabilità penale»⁶⁷³. Recentemente, in attuazione dell'art. 14-*quater*, primo comma, Legge 269/1998⁶⁷⁴, come modificata dalla Legge 38/2006 (che prevedeva l'adozione di un decreto del Ministero delle Comunicazioni⁶⁷⁵, di concerto con il Ministero per l'Innovazione e le

⁶⁷³ PICOTTI L., *Commento all'art. 600 ter, terzo comma, c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 209.

⁶⁷⁴ L'art. 14-*quater*, Legge 269/1998 («Utilizzo di strumenti tecnici per impedire l'accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico»), introdotto dall'art. 19, Legge 38/2006, prevede che:

«1. I fornitori di connettività alla rete Internet, al fine di impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro, sono obbligati ad utilizzare gli strumenti di filtraggio e le relative soluzioni tecnologiche conformi ai requisiti individuati con decreto del Ministro delle comunicazioni, di concerto con il Ministro per l'innovazione e le tecnologie e sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei fornitori di connettività della rete Internet.

Con il medesimo decreto viene altresì indicato il termine entro il quale i fornitori di connettività alla rete Internet devono dotarsi degli strumenti di filtraggio.

2. La violazione degli obblighi di cui al comma 1 è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000.

All'irrogazione della sanzione provvede il Ministero delle comunicazioni.

3. Nel caso di violazione degli obblighi di cui al comma 1 non si applica il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

⁶⁷⁵ La Legge 38/2006 aveva previsto inoltre l'adozione di un regolamento entro il settembre 2007 che definisse le procedure e modalità da applicare per la trasmissione riservata, mediante strumenti informatici e telematici, delle informazioni al titolare della carta di pagamento che ne abbia fatto utilizzo per l'acquisto di materiale concernente l'utilizzo sessuale dei minori sulla rete Internet (art. 14 *quinquies*, Legge 269/1998), nonché di un decreto del Ministero per le Pari Opportunità recante la composizione e le modalità di funzionamento dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, nonché le modalità di attuazione e di organizzazione della banca dati, anche per quanto attiene all'adozione dei dispositivi per la sicurezza e la riservatezza dei dati (art. 17, comma 1-*bis*, Legge

Tecnologie e sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei fornitori di connettività della rete Internet al fine di determinare i requisiti che devono possedere gli strumenti di filtraggio e le relative soluzioni tecnologiche di cui i fornitori di connettività devono dotarsi al fine di impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet) è stato adottato il c.d. decreto Gentiloni⁶⁷⁶.

Il decreto Gentiloni pone in capo al fornitore di connettività alla rete Internet (definito come «ogni soggetto che consente all'utente l'allacciamento alla rete Internet ovvero ad altre reti di comunicazione elettronica o agli operatori che in relazione ad esse forniscono servizi di comunicazione elettronica») l'obbligo di adottare un modello organizzativo che consenta «la conoscibilità ed il trattamento delle pertinenti informazioni solo al personale autorizzato, che deve essere preventivamente comunicato al Centro», nonché l'obbligo di attivare «idonei meccanismi di presidio che garantiscano la sicurezza e la riservatezza delle informazioni trattate» (art. 2)⁶⁷⁷.

Il decreto prevede inoltre che il Centro comunichi ai fornitori di connettività alla rete Internet di cui all'elenco fornito dal Ministero delle comunicazioni la lista dei siti cui applicare gli strumenti di filtraggio allo scopo di garantire l'integrità, la riservatezza e la certezza del mittente del dato trasmesso, ed il conseguente obbligo a carico dei *provider* di procedere all'inibizione del sito segnalato entro sei ore dalla comunicazione del Centro, dando comunicazione al medesimo dell'avvenuto oscuramento⁶⁷⁸.

269/1998). Il primo regolamento non risulta ancora essere stato adottato, mentre è stato adottato il Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri 30 Ottobre 2007, n. 240 (G.U. 21 dicembre 2007, n. 298) recante «Attuazione dell'articolo 17, comma 1-bis, della legge 3 agosto 1998, n. 269, in materia di coordinamento delle azioni di tutela dei minori dallo sfruttamento sessuale e dall'abuso e istituzione dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile».

⁶⁷⁶ Decreto 8 gennaio 2007 del Ministero delle Comunicazioni di concerto con il Ministero per le Riforme e le Innovazioni nella Pubblica Amministrazione n. 24919, «Requisiti tecnici degli strumenti di filtraggio che i fornitori di connettività alla rete Internet devono utilizzare, al fine di impedire, con le modalità previste dalle leggi vigenti, l'accesso ai siti segnalati dal Centro nazionale per il contrasto alla pedopornografia» (G.U. del 29 gennaio 2007, n. 23).

⁶⁷⁷ Tali prescrizioni sembrano ricalcare quelle adottate dal Garante per la tutela dei dati personali con il provvedimento relativo a «nuove misure di sicurezza presso i gestori per le intercettazioni» emanato il 15 dicembre 2005 (accessibile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1348670>) e richiamato in epigrafe dal Decreto Gentiloni.

⁶⁷⁸ L'art. 3, terzo comma, del Decreto Gentiloni ha previsto, a tal fine, che il Centro deve provvedere ad indicare ai *provider* le modalità con cui effettuare in formato elettronico la comunicazione di avvenuto oscuramento. Il successivo art. 7 ha previsto invece che i fornitori di connettività alla rete Internet devono provvedere entro dodici ore dalla comunicazione alla rimozione del blocco del sito per il quale il Centro segnali che sono cessate le esigenze che richiedevano di impedire l'accesso allo stesso.

Il provvedimento in esame stabilisce ancora che, entro novanta giorni dalla sua pubblicazione, i fornitori di connettività alla rete Internet devono dotarsi di sistemi in grado di oscurare i siti che diffondono, distribuiscono o fanno commercio di immagini pedopornografiche, e, entro centocinquanta giorni, altresì di sistemi atti ad inibire l'accesso ai siti identificati anche mediante l'indirizzo IP.

Il decreto contempla, infatti, due diversi livelli di inibizione (*i.e.* di filtraggio all'accesso ai siti segnalati): i siti segnalati possono essere inibiti al livello minimo di nome a dominio⁶⁷⁹ ovvero a livello di indirizzo IP⁶⁸⁰ «ove segnalato in via esclusiva» (art. 4).

L'art. 8, terzo comma, del decreto, infine, prevede un controllo semestrale dei risultati ottenuti, delle tecnologie adottate e della loro congruenza con gli obiettivi di legge, al dichiarato scopo di assicurare un sempre più efficace contrasto del fenomeno della pedopornografia *on line*.

Fin dalla sua approvazione, il decreto Gentiloni ha suscitato una forte reazione tra gli *access server provider*, i quali reputano che esso comporti un'eccessiva responsabilizzazione a loro carico e che si tratti peraltro di un provvedimento che si rivelerà ben presto inefficace. In particolare, i *provider* hanno evidenziato che il filtraggio a livello di *domain name* può essere agevolmente superato con l'utilizzo, da parte dell'utente, di un proprio *server* di risoluzione di nomi a dominio (DSN), e quello a livello di indirizzo IP mediante l'utilizzo di un *proxy server* ospitato all'estero, e pertanto non soggetto alla normativa italiana. Si è osservato inoltre che il decreto medesimo potrebbe essere ritenuto discriminatorio, nella misura in cui, non graduando le sanzioni, pone sullo stesso piano operatori dotati di una diversa capacità economica, con la conseguenza di penalizzare i piccoli fornitori, che potrebbero rischiare addirittura il fallimento in caso di applicazione delle sanzioni previste, rispetto ai grandi fornitori, per i quali l'importo delle suddette sanzioni potrebbe risultare persino trascurabile⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Il *Domain Name System* (spesso indicato con l'acronimo "DNS") è un servizio utilizzato per la risoluzione (ovvero l'operazione di conversione) di nomi di *host* in indirizzi IP e viceversa. Il servizio è realizzato tramite un database distribuito, costituito dai *server* DNS. Il termine DNS indica anche il protocollo che regola il funzionamento del servizio, i programmi che lo implementano, i *server* su cui questi girano.

⁶⁸⁰ L'indirizzo IP indica la stringa numerica che identifica tutti i computer collegati ad Internet secondo le specifiche del protocollo di comunicazione informatica TCP/IP.

⁶⁸¹ V. in merito, per un'analisi dettagliata, l'opinione espressa dall'ISOC (Società Italiana Internet), 18 febbraio 2007, accessibile all'indirizzo http://www.isoc.it/index.php?option=com_content&task=view&id=112&Itemid=111.

Per quanto rileva ai fini di questo studio, si ritiene che le disposizioni contenute nel decreto Gentiloni non abbiano introdotto nell'ordinamento fattispecie incriminatrici e relative sanzioni penali, ma esclusivamente le sanzioni amministrative connesse violazione degli obblighi in esso previsti in capo ai fornitori di connettività alla rete Internet di cui all'art. 6.

Tuttavia, alcuni hanno evidenziato che dalla previsione dell'obbligo per i fornitori di connettività alla rete Internet di procedere alle inibizioni entro sei ore dalla comunicazione, fornendo la comunicazione dell'avvenuto oscuramento al Centro, potrebbe scaturire – in caso di inottemperanza da parte degli ISP – una corresponsabilità penale dei *provider* nella diffusione di materiale pedopornografico *ex art. 600-ter*, terzo comma, c.p., pur non potendosi non constatare come, in tali ipotesi, la configurabilità del dolo di non procedere all'inibizione paia assolutamente remota⁶⁸².

Sotto diverso profilo, è stato osservato in dottrina che il decreto Gentiloni opportunamente introduce misure di natura non penale, già previste in altri ordinamenti, quali quello statunitense, tedesco, inglese, e norvegese, e rivela efficiaci nell'attività di contrasto della pedopornografia. Ciò assume ancor maggior rilievo se si considera che «La difficoltà di configurare, almeno *de jure condito*, ipotesi di responsabilità penale dei *providers*, evidenzia quindi in maniera ancor più significativa l'importanza della previsione di un loro obbligo – amministrativamente sanzionato – di intervento e cooperazione nell'attività di prevenzione e contrasto della pedopornografia, che faccia davvero del diritto penale l'*extrema ratio*, favorendo “altre” forme di controllo sociale, più efficaci e contrassegnate da una “violenza” minore di quella che reca inevitabilmente la pena», tanto più che l'intervento penale rischia di avere un'efficacia deterrente attenuata stante la natura “anomica” della Rete ed il carattere talvolta simbolico-performativo della disciplina penale di contrasto della pedopornografia⁶⁸³.

⁶⁸² MINOTTI D., *Perché il “decreto Gentiloni” non piace ai provider*, 28 febbraio 2007, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti12.htm>. L'Autore sottolinea come, considerato l'atteggiamento particolarmente intransigente dei giudici in tema di pedopornografia, non si possa escludere a priori che un *provider* sia denunciato per non aver proceduto all'oscuramento, pur se ciò sia in realtà in concreto avvenuto a causa, ad esempio, di problemi di comunicazione legati al mezzo della posta elettronica.

⁶⁸³ RESTA F., *Pedopornografia on-line. Verso un sistema di tutela integrata?*, in *Dir. Internet*, 2007, 221 ss. e quivi 223-224.

1.4 I *provider* nella Legge 48/2008 che ratifica la Convenzione sul *cybercrime*

Nel 2001, l'art. 1 della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica ha fornito, a sua volta, una definizione – assai ampia – di *service provider*.

In base all'accordo internazionale, infatti, per *service provider* deve intendersi «1. qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico; 2. qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio».

In tale nozione, pertanto, risultano ricompresi non solo gli *access provider* ed i *service provider*, bensì anche i *content provider*, ovvero i soggetti che si limitano a fornire contenuti sulla Rete.

Alla luce della suddetta definizione, deve essere interpretato il dettato dell'art. 132 del D. Lgs. 196/2003, come riformulato dalla Legge 48/2008 di ratifica della Convenzione di Budapest, la cui portata innovativa si coglie agevolmente considerando che per la prima volta si prevede che anche i *content provider* possano essere destinatari di specifici obblighi⁶⁸⁴.

Mentre, infatti, i commi 1 e 2 della dell'art. 132 del D. Lgs. 196/2003 indicano quali destinatari dell'obbligo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico i soli *service provider*, il comma 4-ter introdotto dalla Legge 48/2008, non contenendo un'analogia limitazione, diviene applicabile anche ai *content provider*, i quali pertanto potranno essere destinatari dell'ordine da parte del Ministro dell'Interno (o dei suoi delegati) – anche in relazione alle eventuali richieste avanzate da autorità investigative straniere – di conservare e proteggere, secondo le modalità indicate e per un periodo non superiore a novanta giorni (prorogabile fino a sei mesi), i dati relativi al traffico telematico (esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni) ai fini dello svolgimento delle investigazioni preventive ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati.

Inoltre, il successivo comma 4-quater prevede che il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui sia rivolto il suddetto ordine sia tenuto ad ottemperarvi senza ritardo, fornendo immediatamente all'autorità richiedente la comunicazione circa

⁶⁸⁴ NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 69 ss. e quivi 70.

l'adempimento alla richiesta, nonché a mantenere il segreto in merito all'ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte per il periodo indicato dall'autorità richiedente⁶⁸⁵.

La legge di ratifica della Convenzione di Budapest ha compiuto pertanto un ulteriore passo avanti nella responsabilizzazione di tutti gli operatori sulla Rete, ricomprendendovi anche i *content provider*, che, fino ad oggi, pur rivestendo un ruolo di primo piano nell'offerta di servizi Internet, non erano in alcun modo tenuti a collaborare con le autorità preposte, mentre ora sono possono essere obbligati alla conservazione e protezione dei dati telematici nei termini previsti dalla legge.

2 Fondamento e limiti della responsabilità penale dei *provider* ex art. 600-ter, terzo comma, c.p. nelle opinioni dottrinali

La problematica della responsabilità penale del *provider* si impone come questione di primaria importanza nell'ambito della disciplina in esame, nella quale è più difficile individuare un equilibrio tra gli opposti interessi in gioco: da un lato, la libertà di manifestazione del pensiero, cui, a sua volta si collega la libertà di impresa, e, dall'altro, i diritti inviolabili dell'uomo, nonché l'esigenza di tutela dei minori e del loro diritto ad un sano sviluppo sessuale, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e dalla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo⁶⁸⁶. Il *punctum dolens* della questione della configurabilità di una responsabilità penale in capo ai fornitori di accesso e gestori dei servizi in Rete risiede nella circostanza che si discute della responsabilità di soggetti il cui intervento è indispensabile al fine di rendere possibile l'accesso e l'utilizzo di Internet, nonché la fruizione dei servizi ivi presenti.

In particolare, il vero punto controverso della questione è rappresentato proprio dall'ascrivibilità in capo ai *provider* di una responsabilità penale per fatto illecito altrui (posto in essere valendosi delle infrastrutture di comunicazione del *network provider*, del *server* dell'*access provider*, del sito creato sul *server* dell'*host provider*, dei servizi

⁶⁸⁵ È previsto altresì espressamente che alla violazione di tale obbligo, salvo che il fatto costituisca più grave reato, si applichi l'art. 326 c.p. relativo alla fattispecie di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio.

⁶⁸⁶ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 145.

dei *service provider*, delle pagine memorizzate temporaneamente dai *cache provider*): in tali casi, infatti, l'attività del *provider* può essere del tutto autonoma rispetto a quella illecita del terzo, pur essendo causalmente la prima *condicio sine qua non* della verifica della seconda.

L'art. 600-ter, terzo comma, c.p., introdotto dalla Legge 269/1998 sancisce: “*chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo ed al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento ed allo sfruttamento sessuale di minori di anni 18, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire 5.000.000 a 100.000.000*”.

Alla luce di tale disposizione (confermata dalla novella del 2006), che fa espresso riferimento alla possibilità di realizzazione del fatto tipico per via telematica, è necessario valutare se – pur in assenza di un'apposita e differenziata disciplina positiva dettata in materia – sia ascrivibile in capo ai *provider* una responsabilità penale per i reati commessi nella Rete, ed in particolare, oltre che per l'ipotesi di immissione in Rete di immagini o altro materiale pornografico, anche in relazione ai reati commessi da terzi servendosi delle piattaforme tecnologiche e dei servizi offerti dagli ISP. In relazione all'art. 600-ter, terzo comma, c.p., vi è in dottrina chi ha parlato di «confusione legislativa», constatando che il dettato normativo contiene una formulazione così ampia e generica nella tipizzazione delle condotte di «distribuire», «divulgare» e «pubblicizzare», tale da consentire di ipotizzare un'incriminazione indiscriminata di tutti i soggetti coinvolti, ai più diversi livelli, nella circolazione su Internet di materiale di pedopornografico. Infatti, in base al tenore letterale della disposizione, non è dato comprendere se il legislatore abbia inteso attribuire valenza penale soltanto al comportamento degli autori materiali dell'immissione in Rete dei dati illeciti (*content provider*) ovvero sanzionare tutte le categorie di operatori telematici, senza distinzione di ruolo e attività, ipotesi quest'ultima che potrebbe risultare avvalorata dalla considerazione che la condotta di distribuzione corrisponde nel ciberspazio alla funzione del *service provider*, il quale, fornendo il collegamento ad Internet ed offrendo taluni servizi, veicola ed incanala le informazioni nelle reti telematiche⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ RUGGIERO F., *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'Internet provider*, in *Giur. merito*, 2001, 586 ss.; SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.

Ci si è chiesti pertanto se possano individuarsi come responsabili come responsabili delle condotte di distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione, detenzione o cessione a terzi tipizzate dalla norma citata esclusivamente gli autori materiali dell'immissione in Rete dei dati illeciti ovvero anche i proprietari di infrastrutture di telecomunicazione ed i fornitori di servizi⁶⁸⁸.

In generale, si osserva che, per quanto concerne la fattispecie di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p., la dottrina – e non solo quella italiana, ma anche quella di altri Paesi in cui sono presenti fattispecie simili – si caratterizza per un'impostazione tendenzialmente garantista in tema la responsabilità dell'ISP, con l'intento di assicurare che siano rispettati i principi di tassatività e di personalità della responsabilità su cui si fonda il nostro sistema penale⁶⁸⁹. Un atteggiamento di maggior responsabilizzazione dei *provider* mostra invece di perseguire, come si vedrà nel prosieguo, la giurisprudenza europea, che, in taluni casi, ha affermato la sussistenza della responsabilità dell'ISP, attestandosi su di un orientamento diametralmente opposto a quello della giurisprudenza statunitense che per prima si era trovata ad affrontare la questione.

A fronte del vuoto normativo o comunque della disciplina gravemente lacunosa in punto di responsabilità dei *provider* anche in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori e della scarsità di pronunce giurisprudenziali che si siano occupate specificamente dei risvolti penali di tale responsabilità, si tratterà pertanto di valutare, sulla base dei principi generali del nostro sistema penale, l'attribuibilità di una responsabilità penale in capo agli operatori su Internet per reati commessi nella Rete, sia direttamente, sia da parte di utenti o comunque di terzi.

In relazione ai diversi titoli di responsabilità ipotizzabili, gli autori che per primi hanno affrontato il problema della responsabilità penale degli ISP hanno in particolare indagato, accanto alla responsabilità per fatto proprio, la percorribilità di un'attribuzione di responsabilità a titolo di omesso impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40 cpv., c.p., nonché a titolo di concorso, in forma commissiva od omissiva, ai sensi degli artt.

⁶⁸⁸ SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 747.

⁶⁸⁹ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 146; SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 743 ss.

110 e seguenti, c.p. nei reati realizzati da terzi sfruttando le piattaforme tecnologiche messe a disposizione dai *provider*⁶⁹⁰.

2.1 La responsabilità penale dell'ISP per fatto proprio

È ormai acquisito, in dottrina e giurisprudenza, che la responsabilità – tanto civile quanto penale – del *provider* è configurabile giuridicamente «in tutte le ipotesi in cui vi sia da parte dello stesso una violazione diretta di una norma in relazione all'attività posta in essere (ad esempio, il *provider* viola un marchio registrando un sito) o al contenuto della stessa (es. offre *software* pirata, diffonde materiale pedopornografico, diffama qualcuno, svolge nei confronti del pubblico attività finanziaria abusiva, etc.). Si tratta in tal caso della normale responsabilità che grava su chiunque per fatto proprio»⁶⁹¹.

Il *provider* che immette in Rete contenuti illeciti non potrà pertanto che risponderne penalmente in applicazione dei criteri generali.

Sarà tuttavia necessario operare una distinzione in ragione del ruolo, dei compiti e delle funzioni svolte nel caso concreto dall'operatore su Internet. Infatti, se non vi è dubbio che il *content provider*, in quanto autore materiale dei contenuti, risponde direttamente di eventuali reati commessi attraverso la diffusione di contenuti illeciti, con riguardo al *service provider* sarà invece necessario verificare la sua effettiva possibilità di interagire e controllare i contenuti informativi immessi nella Rete (piena qualora agisca anche come *content provider*, e via via ridotta, invece, qualora effettui un filtro delle informazioni fornite da terzi, come ad esempio quando operi come moderatore di *forum* di discussione, *newsgroups* e *mailing lists*, con selezione e composizione redazionale di dati altrui, fino ad una minima possibilità di controllo, quando fornisca esclusivamente un supporto tecnico-formale alla trasmissione di tali altrui)⁶⁹².

⁶⁹⁰ SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet - II*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1193 ss. e quivi 1206 ss., nota 2; SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 99 ss.; MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss. e quivi 75 ss.

⁶⁹¹ BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, nota a Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 77 ss.

⁶⁹² In questo senso, SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 750; BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, nota a Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 77 ss.; SIEBER U.,

Sussisterà pertanto la responsabilità penale dell'ISP per fatto proprio ogniqualvolta (si tratta peraltro di ipotesi nella pratica marginali) in cui il *provider* riveste il ruolo di produttore diretto dei contenuti illeciti di cui assume quindi la paternità o in cui i contenuti siano ad esso riconducibili, in virtù dell'attività di controllo o di moderazione che l'operatore svolge sul materiale circolante. Secondo la dottrina, infatti, tali fattispecie sono riconducibili allo schema concettuale dell'autoria⁶⁹³.

2.2 La configurabilità (in astratto) di una responsabilità penale dell'ISP per fatto altrui: a) la responsabilità per omesso impedimento ex art. 40 cpv. c.p. e per contributo omissivo di partecipazione ex art. 110 c.p.

Si è ampiamente discusso altresì in merito alla configurabilità in astratto di una responsabilità penale omissiva dell'ISP, sia autonoma, ex art. 40 cpv. c.p., sia concorsuale ex art. 110 c.p., per contributo omissivo di partecipazione, fermo restando che nel nostro sistema penale non esiste un'autonoma fattispecie omissiva propria che sanziona penalmente l'inottemperanza da parte del *provider* agli obblighi sanciti dal D. Lgs. 70/2003 e dalla disciplina dettata in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori.

Entrambe le ipotesi hanno suscitato forti perplessità in dottrina.

In particolare, in materia di reati di sfruttamento sessuale ed in relazione alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p., autorevole dottrina ha evidenziato che l'individuazione di una responsabilità per omesso impedimento in capo all'ISP significherebbe richiedere al *provider* di impedire addirittura lo stesso fatto di reato, ovvero l'immissione, diffusione o commercio di materiale pedopornografico in Internet da parte di utenti o terzi⁶⁹⁴, posto che il delitto in esame è riconducibile alla categoria dei reati formali o di pura condotta, il cui disvalore e la cui sussistenza sono individuati dalla legge nel compimento di una data azione od omissione, senza che sia necessario il prodursi di un determinato effetto esteriore (l'oggetto del rimprovero

Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 743 ss. e quivi 758 ss.

⁶⁹³ Sul punto, cfr. per tutti, SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 750.

⁶⁹⁴ Cfr. MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 147-148.

penale che si muove all'agente, non essendo richiesto il verificarsi di un evento ulteriore, si sostanzia nel mancato impedimento della divulgazione o della pubblicizzazione del materiale pornografico, condotte tipiche descritte nel primo e secondo della disposizione in commento)⁶⁹⁵.

Pertanto, considerato che in relazione alla fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p. non è possibile individuare un evento naturalistico, in quanto la «divulgazione» e le altre attività indicate rappresentano le condotte incriminate e non l'evento che ne consegue, si deve concludere che, quantomeno nell'ambito della disciplina dettata in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori, la configurabilità di una responsabilità omissiva ex art. 40 cpv. c.p. è esclusa dalla configurazione stessa della fattispecie incriminatrice come reato a forma libera⁶⁹⁶.

È pacifico, infatti, che i reati omissivi impropri sono reati di evento che consistono nel mancato impedimento doveroso di un evento materiale, e che richiedono pertanto, ai fini della loro sussistenza, che un tale evento si verifichi. Invero, ai fini della configurabilità di un reato omissivo improprio per l'operare dell'equiparazione del «non impedire» al «cagionare» in forza del combinato disposto della clausola generale di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. con la norma di parte speciale che configura un reato commissivo, è necessario che si verta nell'ambito di fattispecie commissive «convertibili» in fattispecie omissive improprie, ovvero reati commissivi di evento a condotta libera o causalmente orientati. Solo rispetto ai reati di evento è configurabile la causalità che rappresenta il presupposto dell'equiparazione del non impedire al causare, e, solo nei reati causalmente orientati, nei quali assume disvalore penale non la realizzazione di una data condotta bensì la causazione dell'evento che ne consegue, può sussistere l'equiparazione nella causazione prevista dall'art. 40 cpv. c.p.⁶⁹⁷.

Peraltro, non può sottacersi che, configurando una responsabilità dell'ISP ex art. 40 cpv. c.p. in relazione alla fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p., si giungerebbe a sostenere che il *provider*, al fine di andare esente da responsabilità penale, sarebbe tenuto ad impedire il verificarsi del reato previsto e punito dalla suddetta norma e sarebbe così chiamato a svolgere in sostanza un'attività di controllo penalmente sanzionata sugli utenti dei

⁶⁹⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 132.

⁶⁹⁶ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 148.

⁶⁹⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 160.

propri supporti tecnologici per l'accesso alla Rete. Una tale conclusione è palesemente inaccettabile, in quanto la sua applicazione comporterebbe «il rischio di assegnare all'*internet provider* un ruolo equivalente a quello di un agente o di un ufficiale di polizia giudiziaria. Si farebbe così carico all'*internet provider* di un ruolo pubblicistico, che dovrebbe essere del tutto estraneo a chi si limiti a svolgere un'attività d'impresa»⁶⁹⁸. Anche a prescindere dalle obiezioni alla configurabilità di una responsabilità penale omissiva dei *provider* in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori, la dottrina esclude in linea generale che una tale responsabilità possa essere ascritta in capo agli ISP⁶⁹⁹.

Una prima argomentazione a supporto di tale tesi è stata ravvisata nell'insussistenza *de jure condito* di una posizione di garanzia in capo ai *provider*, non rinvenendosi, nel diritto positivo, disposizioni che stabiliscano a carico degli operatori su Internet obblighi giuridici di impedimento riferibili ad una posizione di protezione o di controllo in relazione a quanto inserito nei propri siti da parte di terzi⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 e ss. e quivi 148; PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 247; ID., voce "Reati informatici e telematici", in *Dig. disc. pen.*, agg., Torino, 2000, 521 ss. V. ugualmente critica, sotto diverso profilo, SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1925, che sottolinea come la normativa di recepimento di cui al D. Lgs. 70/2003 abbia creato in capo ai *provider* un atipico obbligo di segnalazione e denuncia, quando nel nostro codice penale obblighi di tal genere sono previsti esclusivamente a carico di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio per fatti appresi nell'esercizio o a causa delle funzioni (artt. 361-362 c.p.), nonché dei semplici cittadini limitatamente ai delitti contro la personalità dello Stato puniti con la pena dell'ergastolo (art. 364 c.p.). Scrive l'Autrice che «l'imposizione di un siffatto obbligo a carico del *provider* mal si concilia, per certi versi, con la connotazione privatistica di imprenditore propria di quest'ultimo, rivelando una discutibile tendenza a considerare l'intermediario, se pur *lato sensu*, una sorta di "garante dei contenuti" accessibili per proprio tramite: al contrario, è opportuno evidenziare come eventuali esigenze repressive non valgano di per sé a giustificare la previsione di qualsivoglia tipo di "delega" ad un privato cittadino di "compiti inquisitori o di polizia" che, a garanzia dei diritti costituzionali di libertà e segretezza delle comunicazioni, nonché di libertà di manifestazione del pensiero, devono essere svolti soltanto da organi pubblici, nei casi previsti dalla legge e sotto il controllo della magistratura».

⁶⁹⁹ SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 99 ss.; MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss. e quivi 75 ss.; SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet - II*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1193 ss. e quivi 1213.

⁷⁰⁰ SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.; PARODI C., CALICE A., *Responsabilità penali e Internet Responsabilità penali e Internet. Le ipotesi di responsabilità penale nell'uso dell'informatica e della telematica*, Milano, 2001, 35 ss.; MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, 5 maggio 2003, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>; SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1923, in merito all'insussistenza di un obbligo generale di controllo per il *provider* nella Direttiva 2000/31/CE e nel D. Lgs. 70/2003 che l'ha recepita nell'ordinamento italiano; ACCINNI G. P., *Profili di responsabilità penale dell'«Internet provider»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 977 ss. e quivi, 979.

Nel nostro ordinamento, infatti, resta ferma l'assenza di un generico obbligo, in capo al semplice cittadino, di denunciare o addirittura impedire la commissione dei reati, come indicato da una dottrina e giurisprudenza consolidate, oltre che dalla lettera del codice⁷⁰¹. L'assenza di un tale obbligo, peraltro, è stata ribadita positivamente anche dall'art. 17 del D. Lgs. 70/2003 con riferimento ai prestatori di servizi della società dell'informazione in relazione alle informazioni che essi trasmettono o memorizzano⁷⁰². In merito, autorevole dottrina ha evidenziato come «non è certo ipotizzabile – e sarebbe comunque sproporzionatamente costoso, oltre che non auspicabile – un generalizzato obbligo di controllo preventivo da parte dei fornitori di accesso e di servizi di rete, su ogni comunicazione o trasmissione di dati altrui, che non trova base giuridica nella normativa vigente e che del resto creerebbe una sorta d'inammissibile censura ed, anzi, a danno della “forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata”»⁷⁰³.

Peraltro, pur se non vi è dubbio che una norma extrapenale possa rappresentare legittimamente una fonte di posizioni di garanzia, in ogni caso i singoli obblighi di attivarsi previsti dal D. Lgs. 70/2003 in capo ai prestatori di servizi non risultano sufficientemente precisi e «qualificati», e sono pertanto ritenuti inadeguati a fondare un obbligo giuridico di impedire l'evento, nonché la correlata responsabilità penale omissiva⁷⁰⁴. La normativa italiana di recepimento, infatti, non sanziona penalmente la

⁷⁰¹ ACCINNI G. P., *Profili di responsabilità penale dell'«Internet provider»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 977 ss. e quivi 979-980; MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?*, 5 maggio 2003, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>.

⁷⁰² SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1927-1928.

⁷⁰³ PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 501.

⁷⁰⁴ SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1927-1928; BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, nota a Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 77 ss. e quivi 80; MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?*, 5 maggio 2003, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>; FREDIANI V., *Internet provider: responsabilità e casistica*, 23 gennaio 2003, accessibile all'indirizzo http://www.i-dome.com/docs/pagina.phtml?id_articolo=3362; MONTI A., *Oscenità in rete: paga sempre il SysAdmin?*, in *Computer Programming*, 51, ottobre 1996, accessibile all'indirizzo http://www.interlex.it/inforum/a_monti8.htm; ottobre 1996; ID., *Uno spettro si aggira per l'Europa: la responsabilità del provider*, 12 ottobre 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/amonti40.htm>. Tuttavia, secondo alcuni, il D. Lgs. 70/2003 determinerebbe il rischio che i prestatori siano ritenuti penalmente responsabili, sul presupposto di una loro “presunta” conoscenza dell'illiceità delle informazioni veicolate o memorizzate e possibilità di intervenire, nonostante la mole e la volatilità delle informazioni notoriamente non consenta di esercitare un controllo capillare sui contenuti immessi nella Rete (FOGLIANI E., *Verso una irresponsabilità oggettiva del provider?*, 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/fogliani.htm>; IASELLI F.,

violazione degli obblighi suddetti e solleva i fornitori da ogni responsabilità diversa da quelle amministrative fissate nel decreto medesimo, a condizione che essi, nello svolgimento delle attività di loro competenza (*mere conduit, caching, hosting*), non intervengano sulle informazioni e sui dati da loro memorizzati o veicolati. Tale ultima previsione, peraltro, come è stato puntualmente osservato in dottrina, «si rivela di mero valore riproduttivo, atteso che, anche in assenza del Decreto, l'intervento ("causale") sulle informazioni (consapevolmente illecite) poteva già condurre, per i principi generali di diritto penale, ad ipotesi di concorso commissivo»⁷⁰⁵. Qualora infatti il *provider* sia venuto a conoscenza in qualsiasi modo del compimento di un fatto di reato commesso da terzi nei propri *server*, esso dovrà in ogni caso intervenire attivamente ad impedire la commissione dell'illecito penale medesimo, rischiando diversamente di essere chiamato a rispondere a titolo di concorso nel reato dell'utente o del terzo per aver fornito un qualche consapevole contributo causale alla realizzazione del fatto criminoso⁷⁰⁶.

Una seconda ragione ostativa alla configurabilità in capo ai *provider* di una responsabilità per omesso impedimento o per concorso omissivo nel fatto illecito altrui è stata individuata nell'impossibilità da parte degli ISP di operare un efficace controllo preventivo sul contenuto dei messaggi. In particolare, si è sottolineato come tale impossibilità sia, al contempo, tecnica (per il numero di utenti della Rete, ovvero circa sessanta milioni, per l'enorme afflusso di dati che transitano sui *server* gestiti e per la parziale inefficacia dei sistemi di filtro dei contenuti illeciti sperimentati dai *provider*) e giuridica (in ragione, ad esempio, dell'esistenza di una disciplina quale quella sulla riservatezza delle comunicazioni che trova applicazione anche con riferimento alla corrispondenza elettronica e cui devono attenersi anche gli operatori e fornitori di servizi in Rete)⁷⁰⁷.

Un ulteriore aspetto problematico della configurabilità di una responsabilità penale omissiva in capo ai *provider* è stato identificato nella necessità, al fine di fondare una

L'autotutela dei providers, 2002, accessibile all'indirizzo http://studiocelentano.it/editorial/iaselli/240602_2.2.asp.

⁷⁰⁵ MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, 5 maggio 2003, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>.

⁷⁰⁶ ACCINNI G. P., *Profili di responsabilità penale dell'«Internet provider»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 977 ss. e quivi, 980.

⁷⁰⁷ Cfr. SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 755 ss.; SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1931 ss.

responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.*, del presupposto dell'esistenza del nesso causale tra l'omissione e l'evento, che imporrebbe di verificare ed accertare positivamente che, qualora l'obbligato non si fosse astenuto dal compiere l'azione doverosa, l'*eventus damni* non si sarebbe verificato⁷⁰⁸. In relazione a tale presupposto, considerato che la trasmissione dei dati informatici in Internet avviene in tempo reale e che la maggior parte dei reati commessi nella Rete è riconducibile alla categoria dei reati a consumazione istantanea, si è osservato che l'inottemperanza ad un obbligo di intervento da parte dell'intermediario non avrebbe alcuna efficacia causale, poiché, al momento dell'insorgere della situazione tipica che determina l'obbligo di attivarsi, il reato sarebbe già consumato. Al contrario, affinché possa muoversi un rimprovero penale all'ISP, è necessario che lo stesso abbia la possibilità tecnica e giuridica di controllare preventivamente i dati immessi dagli utenti ed eventualmente di impedirne la diffusione, e che, essendo a conoscenza dell'illiceità del contenuto, decida consapevolmente e volontariamente di non attivarsi nella brevissima fase in cui il reato non si è ancora consumato. Solo in tale ipotesi, indatti, essendo sufficiente che la consapevolezza di cooperare sussista anche in uno soltanto dei concorrenti – e pertanto anche nel solo *provider* – e sussistendo il nesso di causalità tra il contributo dell'ISP ed il fatto tipico, il *provider* sarebbe punibile a titolo di concorso. Tuttavia, si è osservato che in relazione a tale fattispecie sarebbe «dubbia la stessa utilità del paradigma del concorso mediante omissione nel reato commissivo, poiché è già l'azione di per sé neutra della fornitura del servizio, arricchita e qualificata dalla presenza del dolo, a costituire un contributo di partecipazione (attiva) rilevante per la commissione del reato»⁷⁰⁹. Qualora invece difetti in capo al *provider* il dolo di partecipazione e lo stesso ometta consapevolmente e volontariamente di attivarsi o di ottemperare ai doveri di denuncia/segnalazione o di rimozione/disabilitazione dei contenuti illeciti già trasmessi positivamente previsti dalla disciplina esaminata, in dottrina si ritiene che l'ISP potrebbe al più, ricorrendone gli ulteriori presupposti, essere chiamato a rispondere nel primo caso di favoreggiamento *ex art. 378 c.p.*, nel secondo di inosservanza di un

⁷⁰⁸ Cfr. MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, 5 maggio 2003, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>.

⁷⁰⁹ SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1929.

provvedimento dell'autorità ex art. 388 c.p., e non già del reato commesso dall'utente⁷¹⁰.

Un altro profilo problematico ai fini della configurabilità di una responsabilità del *provider* ex art. 40 cpv. c.p. è rappresentato dai necessari requisiti della riconoscibilità da parte dell'ISP della situazione tipica che determina l'insorgere dell'obbligo di attivarsi e della possibilità materiale ed effettiva dello stesso di agire ed impedire l'evento. Tali presupposti, infatti, sembrano difficilmente applicabili ai *provider*, considerate le peculiari caratteristiche intrinseche delle comunicazioni informatiche e telematiche e la struttura dei principali servizi offerti in Internet⁷¹¹.

Infine, la dottrina ha analogamente escluso che *de iure condito* possano ritenersi gravanti in capo ai *provider* obblighi di impedimento riconducibili ad una precedente attività pericolosa, poiché tale non può ritenersi né la fornitura di accesso a Internet, né l'offerta di spazi o servizi in Rete⁷¹².

In merito alla configurabilità di una responsabilità omissiva del *provider*, si deve riferire inoltre del tentativo da parte di alcuni interpreti di estendere agli ISP il modello di responsabilità previsto per la figura del responsabile editoriale di una testata giornalistica o per quella, del tutto affine, dell'editore televisivo, sul presupposto di un'asserita stringente analogia tra le diverse figure citate, sottolineata anche da certa giurisprudenza di merito⁷¹³. Da una tale impostazione, deriverebbe l'affermazione della sussistenza in capo ai *provider* di un obbligo di vigilanza nei confronti di quanto inserito nei propri siti da parte di utenti e terzi.

Secondo l'opinione in esame, «Equiparando il gestore di un sito Internet ad un responsabile editoriale, si può infatti ipotizzare l'applicazione delle norme (art. 57 c.p.) sui reati commessi a mezzo di stampa, e attribuire così al *provider* l'obbligo di verificare la legittimità di tutto il materiale pubblicato sul proprio *server*, compreso quello inviato da terzi. In quest'ottica, il *provider* diverrebbe corresponsabile dell'illecito del terzo utente sulla base di una *culpa in vigilando*, consistente nel

⁷¹⁰ SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1929-1930.

⁷¹¹ SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss. e quivi 1930.

⁷¹² PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss. e quivi 380; SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet - II*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1193 ss. e quivi 1206 ss.

⁷¹³ Tribunale di Napoli, ordinanza 8 agosto 1997, in *Dir. inf e inf.*, 1997, 970 ss.

mancato adempimento dell'obbligo di controllo del materiale inviato sul proprio server»⁷¹⁴.

Nel nostro ordinamento sono in effetti presenti fattispecie nelle quali vengono prefigurati obblighi di controllo penalmente sanzionati che si ricollegano al ricoprire una posizione apicale in complesse strutture organizzative, come accade *ex artt. 57 e 57-bis c.p.* per il direttore o il vicedirettore responsabile in tema di stampa periodica rispetto ai reati commessi con il mezzo della pubblicazione.

Peraltro, anche recentemente, sulla base del processo di compenetrazione tra Internet e gli altri mezzi di comunicazione di massa fondato sull'affinità dei servizi offerti, si è discusso dell'equiparabilità di Internet al mezzo della stampa⁷¹⁵, ipotizzando

⁷¹⁴ CERASANI C., *Nota sulla corresponsabilità dei provider per la violazione di segni distintivi su Internet*, in Archivio Ceradi, Luiss, accessibile all'indirizzo <http://www.archivioceradi.luiss.it>.

⁷¹⁵ L'equiparazione, già sostenuta dalla giurisprudenza in altri ordinamenti, *in primis* quello statunitense, è stata ripresa in Italia sia per la diffusione di prodotti telematici pubblicati con regolare periodicità e l'accessibilità in Rete dei periodici tradizionali (che ripubblicavano su Internet le notizie, sia con la medesima veste grafica del giornale cartaceo sia con contenuti nuovi), sia per l'equiparazione normativa del prodotto telematico editoriale a quello cartaceo tradizionale positivamente stabilita dalla Legge 7 marzo 2001, n. 62, recante «Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416», entrata in vigore il 5 aprile 2001, che sancisce il principio dell'applicabilità della legge sulla stampa (Legge 8 febbraio 1948, n. 47) a qualunque «prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici» (art. 1). Nella nuova definizione di prodotto editoriale viene ricompresa anche l'informazione sviluppata in Internet (restano esclusi invece i siti non informativi, quali, ad esempio, quelli per *forum* di discussione, *download* di prodotti, commercio elettronico, nonché i siti destinati esclusivamente all'informazione aziendale sia ad uso interno sia presso il pubblico). In argomento, cfr. DI LELLO C., *Internet e costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. inf.*, 2007, 895 ss. e quivi 903 ss.; RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008, 98 ss.; IASELLI M., *La legge comunitaria 2001 in tema di registrazione di testate editoriali telematiche*, 2002, accessibile all'indirizzo <http://www.studiocelestano.it/editorial/iaselli/110302.asp>; IPERTI F., *La responsabilità dell'Internet provider (Internet e la legge sull'editoria – la normativa europea – le sentenze di giudici italiani e stranieri)*, accessibile all'indirizzo [http://www.newLaw.it/Documentazione_Internet/Resp.%20int%20provider.html](http://www.newlaw.it/Documentazione_Internet/Resp.%20int%20provider.html) e MINOTTI D., *Internet e stampa: il punto della situazione*, 3 aprile 2002, accessibile all'indirizzo <http://punto-informatico.it/144419/PI/Commenti/Internet-stampa-punto-della-situazione.aspx>. In dottrina, tuttavia, vi è stato che ha sottolineato come la nozione di «stampa» sia tradizionalmente interpretata in senso restrittivo, e come, in particolare in ambito penalistico, poiché i reati di stampa e a mezzo stampa «prevedono come elemento oggettivo caratterizzante la fattispecie – ordinaria o aggravata – la stampa e poiché di quest'ultima l'art. 1 L. 47/1948 fornisce una definizione che si è visto essere incompatibile con la nozione di comunicazione telematica, il principio di legalità (in senso stretto) ed il conseguente divieto di estensione analogica *in malam partem* impedisce che tali disposizioni possano applicarsi ad eventuali comportamenti commessi attraverso le reti telematiche. Ciò vale in primo luogo per tutte le norme di tutela dell'azione amministrativa contenute nella L. 47/1948 a partire da quella (art. 16) sulla stampa clandestina. Con il che viene minato alla radice il preteso obbligo di registrazione dei giornali telematici. Ma anche l'art. 13 sulle pene per la diffamazione, l'art. 14 sulle pubblicazioni per l'infanzia e l'art. 15 sulle pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante restano ristretti nella loro portata. Al di fuori della legge sulla stampa. Discorso analogo vale per gli artt. 57, 57-bis, 58, 58-bis, 595, terzo comma, c.p., i quali tutti richiedono la presenza della stampa» (ZENO-ZENCOVICH V., *I «prodotti editoriali»*

conseguentemente una responsabilità dei *provider* per l'omissione di controlli finalizzati all'impedimento di eventi illeciti, analogamente a quanto previsto dagli artt. 57 e 57-bis c.p.

Tuttavia, in proposito, si deve aderire alle obiezioni formulate da attenta dottrina, che ha recisamente contestato la legittimità di tale operazione ermeneutica, sollevando dubbi in merito alla sussistenza di una vera e propria analogia tra le diverse fattispecie e conseguentemente anche circa l'estensibilità analogica – anche ai soli fini civili – al *provider* della normativa dettata per il direttore del giornale, tanto più alla luce dei recenti interventi normativi in materia di editoria, recanti disposizioni specifiche anche in materia di editoria telematica. Mentre, infatti, l'obbligo di controllo penalmente sanzionato e connesso alla titolarità di un ruolo di vertice di un'azienda o di un ente di cui all'art. 57 c.p. è stato espressamente positivamente previsto dal legislatore, quantomeno *de jure condito*, non sembra potersi individuare una norma che preveda in capo agli ISP la sussistenza di una posizione di garanzia analoga a quella del direttore di giornale. Pertanto, ove si tentasse di pervenire, per via meramente interpretativa, ad una diversa soluzione si rischierebbe di dar luogo ad un'applicazione analogica *in malam partem* dell'art. 57 c.p., preclusa nel nostro sistema penale⁷¹⁶. Nel nostro ordinamento,

elettronici nella L. 7 marzo 2001, n. 62, in Dir. inf., 2001, 153 ss. e quivi 17-18 e 23ss.; ID., La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche, in Dir. inf., 1998, 15 ss.). Tuttavia, successivamente, è stata approvata il 1 marzo 2002 la Legge comunitaria 2001 (Legge 1 marzo 2002, n. 39), che contiene, all'art. 31, una norma di interpretazione autentica circa l'ambito d'applicazione della Legge 62/2001 che ha chiarito che l'obbligo di registrazione di cui alle Legge 62/001 si applica esclusivamente alle attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze (sgravi fiscali, contributi, etc.) previste dalla legge sull'editoria. In definitiva, «l'equiparazione – normativamente prevista – della pubblicazione su Internet a quella tradizionale cartacea vale solo per determinati fini (per i benefici fiscali, per l'utilizzazione della pubblicazione come titolo accademico, per l'applicazione delle norme che presuppongono lo svolgimento verso il pubblico di date attività, ecc.), restando invece inidonea – in difetto di una previsione specifica sul punto – a fondare una responsabilità dell'*host provider* per gli illeciti posti in essere da chi gestisce il sito» (BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, nota a Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 77 ss.). Complessivamente, in merito alla nuova disciplina, in dottrina si è osservato come, a dispetto del chiaro intento del legislatore di sostenere la trasformazione dell'industria editoriale verso la rivoluzione telematica, le previsioni dettate in materia si rivelano lontane ed incapaci di affrontare una realtà per certi aspetti ancora sconosciuta ed in continua evoluzione quale quella di Internet, le cui peculiari caratteristiche rendono in concreto estremamente difficile l'applicazione della normativa riferita ai *mass-media* tradizionali (cfr. COSTANZO P., *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in *Dir. inf.*, 2000, 657 ss.).

⁷¹⁶ Cfr. per tutti, MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 e ss. e quivi 148. V. in merito al divieto di applicazione analogica della norma penale, MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 68 ss., che evidenzia come tale divieto, espressamente sancito dall'art. 14 disp. prel., nonché dagli artt. 1 e 199 c.p., risulti altresì

infatti, vige il principio generale in base al quale non è consentito attribuire ad un soggetto un obbligo di sorveglianza o vigilanza sulle diverse forme di libertà, tra le quali *in primis* la libertà di pensiero di ogni cittadino, se non quando un tale obbligo – come avviene in materia di reati a mezzo stampa *ex artt. 57 e 57-bis c.p.* – sia espressamente previsto e, perciò, imposto da una norma imperativa che lo disciplini⁷¹⁷.

Peraltro, anche in una prospettiva *de jure condendo*, non può sottacersi che le caratteristiche strutturali di Internet, comportando un'estrema difficoltà materiale di operare un controllo effettivo sui dati circolanti in Rete, non consentono di qualificare gli ISP – a differenza dei direttori di periodici e dei concessionari di reti radiotelevisivi – quali garanti della liceità delle comunicazioni del cyberspazio; diversamente opinando, dovrebbe prendersi atto del fatto che la concreta inesigibilità della sorveglianza pretesa aprirebbe il varco ad inammissibili casi di responsabilità oggettiva⁷¹⁸.

La ricostruzione di un modello di responsabilità penale dei *provider* sulla base dell'assimilazione dell'ISP al direttore di giornale appare pertanto assolutamente impropria, e, anzi, le censure mosse a tale impostazione finiscono per avvallare quell'orientamento dottrinale che esclude l'esistenza di posizioni di garanzia in capo ai *provider* medesimi ed altresì l'opportunità di una loro introduzione⁷¹⁹. Infatti, il divieto dell'analogia *in malam partem*, le differenze strutturali esistenti tra Internet e gli altri *media*, e, sotto certo profilo, anche la cautela che mostrano le leggi sulla stampa e sulle

desumibile ed implicitamente costituzionalizzato nell'art. 25 Cost. quale corollario del principio di legalità ivi consacrato.

⁷¹⁷ ACCINNI G. P., *Profili di responsabilità penale dell'«Internet provider»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 977 ss. e quivi 977-978.

⁷¹⁸ SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 99 ss. V. inoltre, in senso parzialmente diverso, a favore di una posizione meno restrittiva in merito alla configurabilità di posizioni di garanzia in capo agli ISP, PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss. e quivi 381 ss., che sottolinea le «evidenti forti analogie» esistenti tra il problema della responsabilità penale del *provider* e quello della responsabilità dei titolari e gestori di altri mezzi di comunicazione di massa, quali stampa, radio e televisione, servizi postali, telegrafici e telefonici, in capo ai quali è consolidata l'opinione circa la sussistenza di un complesso di articolati obblighi giuridici di controllo preventivo sia all'accesso sia sui contenuti. L'Autore auspica l'intervento di una normativa sovranazionale che prefiguri e delimiti «anche gli specifici obblighi giuridici di controllo, con connesse posizioni di garanzia, in capo ai titolari e responsabilità dell'accesso alle reti e, soprattutto dei relativi servizi (*Access- e Service-Providers*), con presidio di adeguate sanzioni in caso di inottemperanza», al fine di garantire la necessaria effettività del sistema giuridico e dell'ordinamento penale in particolare, senza lasciare ampie «zone franche» di mancato contrasto dei fenomeni criminosi per la consapevolezza delle difficoltà di accertamento e persecuzione degli autori delle comunicazioni illecite.

⁷¹⁹ SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 750-751 PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999, 248-249.

comunicazioni radio-televisive nell'individuare obblighi di controllo per il direttore di stampa periodica (art. 57 c.p.) e per il concessionario di impianti di radiodiffusione e televisione (art. 30, Legge 6 agosto 1990, n. 223) paiono allo stato obiezioni difficilmente superabili.

2.3 (segue) b) la responsabilità concorsuale commissiva ex art. 110 c.p.

Accanto ai criteri di individuazione della responsabilità penale del *provider* dell'autoria e dell'omissione di controlli finalizzati all'impedimento di eventi illeciti, la dottrina si è interrogata anche in merito alla configurabilità di una responsabilità penale dei *provider* a titolo di concorso commissivo ex art. 110 c.p. nell'immissione in Rete di contenuti illeciti da parte di utenti o terzi.

Se, infatti, la prospettazione in capo all'ISP di una responsabilità penale a titolo di partecipazione omissiva si scontra con le problematiche sopra analizzate in relazione alla configurabilità di una responsabilità penale del *provider* ex art. 40 cpv. c.p., non si è invece del tutto esclusa l'acrivibilità in capo ai prestatori di servizi virtuali di una responsabilità penale a titolo di concorso commissivo nell'altrui reato per avere fornito il collegamento in Rete tramite la connessione fisica al *server*, nonché predisposto e messo a disposizione i *software* che rendono possibile tale accesso ed i servizi che consentono all'utente di accedere, trasmettere, far circolare e scambiare i dati e i contenuti informativi in Internet.

Non v'è dubbio, infatti, che l'attività propria dell'ISP sia idonea a configurare «un contributo oggettivo di partecipazione penalmente rilevante, in quanto avente natura causale o quantomeno agevolatrice, rispetto alla realizzazione di fatti illeciti, con tali mezzi, da parte degli autori»⁷²⁰, tanto più quando – come accade per la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p. – la condotta criminosa si sostanzia nella comunicazione, divulgazione o diffusione di contenuti illeciti.

Si è osservato peraltro che il contributo del *provider* viene a rappresentare una *condicio sine qua non* della condotta incriminata, pur se sussiste la libera scelta da parte dell'utente di accedere al sito, in quanto tale scelta rappresenta una concausa non

⁷²⁰ PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 501.

idonea, ex art. 41 c.p., ad escludere l'imputazione oggettiva e posto che, nel caso di specie, la fattispecie si perfeziona con la mera «divulgazione», senza necessità che sia fornita prova dell'avvenuta effettiva percezione o conoscenza dell'oggetto della comunicazione da parte dei singoli destinatari⁷²¹.

In base alla teoria in esame, sarebbe configurabile una responsabilità penale a titolo di dolo eventuale in capo all'ISP che abbia consentito l'accesso alla Rete a chi vi ha poi inserito materiale pedopornografico⁷²², sulla scia di quella giurisprudenza svizzera che è giunta ad emettere una pronuncia di condanna nei confronti di un ISP che non si era attivato in relazione ad una segnalazione dell'autorità pubblica circa la presenza sui suoi *server* di materiale pedopornografico, accettando così – secondo i giudici – il rischio di futura immissione di ulteriori materiali illeciti⁷²³.

In particolare, in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori, il riconoscimento di una responsabilità a titolo di concorso commissivo si tradurrebbe nell'imputazione al *provider* di «una sorta di condotta agevolatoria, per aver fornito accesso in Rete a soggetti che poi vi hanno immesso materiale pornografico attinente ai minori», pur non essendo egli l'autore diretto delle condotte di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione di cui all'art. 600-ter c.p.⁷²⁴.

Sotto il profilo oggettivo, si sostiene in dottrina che per fondare un rimprovero penale nei confronti dell'ISP è necessario che la sua condotta sia arricchita da attività positive ulteriori rispetto a quella della mera fornitura di accesso e spazi nella Rete, servizi quest'ultimi che, per ragioni tecniche o giuridiche, non rendono possibile di per sé alcuna legittima percezione dei contenuti od intervento di selezione o cancellazione di dati o collegamenti. Secondo tale opinione, infatti, ai fini dell'imputazione oggettiva e diretta all'operato del *provider* della condotta criminosa posta in essere da terzi, è necessario che lo stesso abbia agito quale *service provider*, svolgendo pertanto attività di scelta di determinate forniture di servizi, tramite la configurazione di collegamenti e

⁷²¹ PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 501.

⁷²² PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 283 ss.; ID., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 501 e 503; ID., *Commento all'art. 600 ter, terzo comma, c.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006, 211-212.

⁷²³ Tribunal Fédéral Suisse, 17 febbraio 1995, *Rosenberg*, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, 1995, 121.

⁷²⁴ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 149.

procedure di accesso ed il vaglio preventivo sui contenuti immessi nella Rete a disposizione del pubblico (si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'ISP aggiorna l'accesso a *newsgroup* o *chat-rooms* da lui non moderati ma il cui contenuto illecito gli è noto). In tal caso, l'ISP risponde a titolo di concorso commissivo nella divulgazione, diffusione o pubblicizzazione di eventuali comunicazioni illecite di utenti o terzi, purché abbia conoscenza dei fatti da questi commessi, anche se non è l'autore materiale dei contenuti illeciti (che sono creati da utenti o terzi, anche anonimi), e, pertanto, anche al di fuori dei casi in cui la sua attività consista nel moderare *newsgroup*, gestire *chat-rooms* o compilare *mailing-list*, direttamente e personalmente (casi nei quali andrebbe ritenuto penalmente autore o coautore del fatto criminoso)⁷²⁵.

Né vale obiettare, come pure ha fatto autorevole dottrina, al fine escludere la responsabilità penale del *provider*, che la fornitura di accesso o spazi su Internet costituirebbe un'attività dal contenuto «assolutamente neutro e in sé consentito dall'ordinamento giuridico»⁷²⁶, posto che la «generale liceità od “adeguatezza” del servizio o delle attività stesse non potranno certo scriminarlo, né impedire che la *singola* condotta o prestazione, pur scaturita in un contesto lecito, divenga penalmente rilevante, *in quanto* concerna poi “oggetti” illeciti» nella misura in cui il *provider* «diviene consapevole strumento di un rapporto di “utilizzo” vietato dal diritto, alla stregua delle disposizioni incriminatrici del nostro codice (ad es. in materia di diffamazione, diffusione di immagini oscene, ecc.)»⁷²⁷. Infatti, conformemente agli istituti generali disciplinanti la responsabilità concorsuale, ogni contributo atipico, causale oppure anche solo agevolatore, sebbene di «minima importanza» ex art. 114 c.p., concernente la preparazione, l'organizzazione o l'esecuzione della condotta delittuosa, è idoneo a radicare la responsabilità penale a titolo di concorso commissivo per contributo materiale, ferma restando un'eventuale imputabilità a titolo di contributo morale, nell'ipotesi di istigazione o determinazione al reato⁷²⁸.

⁷²⁵ PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 501; SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet - II*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1193 ss. e quivi 1206 ss.

⁷²⁶ SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 101.

⁷²⁷ PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 502.

⁷²⁸ Sul contributo dei concorrenti, v. MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 505 ss.; GRASSO G., *sub art. 110 c.p.*, in AA.VV., *Commentario del codice penale*, a cura di ROMANO M.,

Tuttavia, pur se ritenuto più conforme ai principi generali del nostro ordinamento, anche il tentativo di delineare una responsabilità penale del *provider* a titolo di partecipazione concorsuale commissiva pare difficilmente percorribile alla luce delle critiche mosse da parte della dottrina sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Secundo autorevole dottrina, infatti, avendo l'attività svolta dall'ISP un contenuto neutro e in sé consentito dall'ordinamento giuridico, per fondare la responsabilità concorsuale commissiva del *provider* nel fatto illecito altrui dovrebbe emergere un *quid pluris*, dato da connotati di illiceità «nelle modalità di svolgimento del servizio [...] assistiti da un dolo di partecipazione particolarmente intenso e da un'oggettiva possibilità di impedire la commissione del reato»; tali presupposti, peraltro, sarebbero ravvisabili solo nelle ipotesi in cui sia fornita prova del fatto che il *provider* aveva conoscenza dell'altrui intenzione di commettere il reato e della volontà dello stesso di agevolarne la realizzazione consentendo o mantenendo il collegamento alla Rete⁷²⁹.

Altra parte della dottrina ritiene al contrario sufficiente, sotto il profilo soggettivo, la sussistenza in capo al *provider* del dolo, anche nella forma eventuale. Tuttavia, anche secondo questa diversa opinione, sulla scia della dottrina tedesca a margine del §5, secondo comma, *Teledienstegesetz* (TDG, Legge tedesca sui servizi telematici), un'imputazione a titolo di dolo eventuale è insufficiente laddove la legge extrapenale – come avviene nel caso delle previsioni di cui agli artt. 14-16 D. Lgs. 70/2003 – definisce in capo ai *provider* la sfera degli obblighi di vigilanza, segnalazione e talora anche impedimento o cooperazione sulla base di specifici requisiti soggettivi quali la conoscenza effettiva delle situazioni di fatto che li rendono operativi, talora presupponendo anche la formale richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa⁷³⁰.

GRASSO G., II, Milano, 2005, 148 ss.; MUSCO E., *sub* art. 110 e art. 114 c.p., in AA.VV., *Commentario breve del codice penale*, a cura di STELLA F., FORTI G., ZUCCALÀ G., Padova, 2008, 416 ss.

⁷²⁹ SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss. e quivi 101.

⁷³⁰ PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 502 ss. L'Autore ritiene che *de jure condito* la responsabilità penale dei *provider* per concorso nei reati commessi in Rete si fonderebbe, sotto il profilo soggettivo, sulla comune volizione e rappresentazione del fatto, arricchito dalla volontà di cooperare con il proprio contributo all'altrui realizzazione del fatto illecito «anche nei termini minimi della “consapevole accettazione del rischio”». Sostiene inoltre che tale tesi trova confronto nella circostanza che nell'ordinamento italiano sopravvivono disposizioni che prevedono forme di responsabilità c.d. anomala, rispetto alle quali per fondare la responsabilità concorsuale basta «qualcosa “di meno” del dolo», come accade nella fattispecie di realizzazione di un reato diverso da quello voluto dal compartecipe di cui all'art. 116 c.p., che presuppone l'assenza del dolo, anche eventuale.

Sul punto, si ritiene di dover aderire alla tesi secondo cui l'ascrivibilità in capo al *provider* di una responsabilità penale a titolo di concorso commissivo va incontro ad insuperabili obiezioni sotto il profilo della configurazione dell'elemento soggettivo, in considerazione del fatto che «la “soluzione” rappresentata dal ricorso alla figura del dolo eventuale è pericolosa, perché rischia di far venir meno quel requisito fondamentale che è la conoscenza del materiale illecito. Infatti, seguendo l'impostazione in discussione, ci si potrebbe limitare, ai fini dell'accertamento della penale responsabilità dell'*internet provider*, agli avvertimenti che gli sono giunti. Si farebbe così riferimento non alla conoscenza attuale di materiale pedopornografico ospitato sui suoi siti, ma alla mera conoscibilità. A questo punto si scivola quasi inavvertitamente verso un'ipotesi di colpa e non già di dolo»⁷³¹.

Il ricorso al dolo eventuale appare infatti un'opzione scarsamente condivisibile, sia per l'incertezza del confine rappresentato dalla categoria stessa del dolo eventuale, sia per le difficoltà intrinseche che si ricollegano alla prova in sede processuale della sussistenza di tale requisito psichico (e che si aggravano in ragione delle peculiarità del mezzo Internet)⁷³².

Peraltro, secondo autorevole dottrina, tale conclusione sarebbe ulteriormente confermata dal rilievo secondo cui le recenti tendenze dottrinali in materia di dolo eventuale tendono a limitare il ricorso a tale categoria ai soli casi in cui non sia nemmeno ipotizzabile una figura di agente modello che operi nell'ambito di rischio in cui viene a determinarsi l'evento pregiudizievole⁷³³, mentre invece, nel caso di specie dei *provider*, un agente modello sarebbe astrattamente configurabile, facendo riferimento ad un operatore o gestore di servizi telematici che si dimostri attento alle segnalazioni delle

⁷³¹ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 149-150; nello stesso senso, PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 504.

⁷³² PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss. e quivi 503-504, che evidenzia come l'effettiva conoscenza da parte dei *provider* del fatto illecito altrui sia in pratica ipotizzabile solo in casi eccezionali, come ad esempio in presenza di una specifica segnalazione da parte dell'autorità o di terzi in relazione alla presenza o circolazione di singoli contenuti illeciti.

⁷³³ CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano 1999, 152 ss.; EUSEBI M., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1053 ss. e quivi 1087 ss.; FORTE G., *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1999, 228 ss. e quivi 276 ss.

autorità e provveda tempestivamente alla rimozione del materiale pedopornografico immesso nei suoi *server*⁷³⁴.

Conclusivamente, secondo la dottrina, *de jure condito* non è possibile individuarsi in capo ai *provider* una responsabilità penale se non per fatto proprio o – secondo alcuni – a titolo di concorso commissivo nel fatto illecito del terzo, mentre *de jure condendo* si avverte la necessità di una puntuale responsabilizzazione normativa anche penale degli operatori su Internet, soprattutto in una materia quale quella oggetto di questo studio, in cui – a dispetto delle affermazioni della giurisprudenza statunitense – è imprescindibile contemperare la tutela della libertà di espressione e dell'attività economica dei *provider* con tutela quella dei diritti fondamentali dei minori⁷³⁵.

⁷³⁴ MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 150.

⁷³⁵ A tal fine, alcuni Autori (SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 759-763; PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss. e quivi 383-385; MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. e quivi 150-151; NOCERINO C., *Sulla responsabilità penale del provider*, in AA.VV., *Commercio elettronico*, a cura di FRANCESCHELLI V., Milano, 2001, 703 ss. e quivi 726 ss.) ritengono che sarebbe utile guardare alle disposizioni legislative introdotte nell'ordinamento tedesco dalla legge del 22 luglio 1997 sui servizi di informazione e comunicazione (*Informations Und Kommunikations Dienste Gesetz*, IuKDG), il cui art. 1 ha istituito a sua volta una legge sui servizi telematici (*TelediensteGesetz*, TDG), ispirandosi sia alla Dichiarazione finale della Conferenza ministeriale di Bonn dell'8 luglio 1997 (accessibile all'indirizzo <http://www.mclink.it/personal/MC8216/net/bonn-en.htm>) che raccomandava di non assoggettare *provider* e operatori di rete a regole irragionevoli, sproporzionate o discriminatorie, sia al punto 35 della Proposta di risoluzione della Commissione per le libertà pubbliche e gli affari interni del Parlamento europeo del 20 marzo 1997 (A4-0098/1997) (v. in «Relazione del Parlamento europeo alla Comunicazione della Commissione sulle informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet» (COM(96)0487 - C4-0592/96), accessibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0098+0+DOC+PDF+V0//IT>), che affermava la necessità che i fornitori di accesso e di servizi rispondessero dei contenuti penalmente rilevanti messi a disposizione da utenti dei loro servizi qualora tali contenuti fossero loro noti e se fosse ragionevole e tecnicamente possibile che essi ne impedissero l'utilizzo. La legge tedesca, in sostanza, prevede che gli obblighi penalmente sanzionati dei *provider* idonei a fondarne la responsabilità penale devono poggiare almeno su due presupposti fondamentali: la possibilità tecnica del controllo e l'esigibilità dello stesso. Deve ricordarsi inoltre la storica decisione del Tribunale dell'Aja del 12 marzo 1996 n. 96/160 (District Court of The Hague, *Church of Spiritual Technology c.s. g. XS4ALL c.s./Spaink*, 12 March 1996, accessibile all'indirizzo <http://www.xs4all.nl/~kspaink/cos/verd1eng.html>), che ha escluso la sussistenza di una responsabilità civile (“di posizione”) dell'ISP per la violazione del *copyright* commessa da un *newsgroup*, ritenendo che non sia individuabile in capo al *provider* un obbligo di controllo su tutto il materiale presente sul suo *server* e stabilendo che «in capo al *provider* può essere individuato un obbligo di intervento successivo alla violazione, obbligo che sussiste solo se questi sia a conoscenza del comportamento dell'utente, o se almeno questo comportamento sia verosimilmente riconoscibile, e che non vi sia alcun dubbio sulla illiceità del comportamento del terzo. In tal modo il *provider* potrà sempre difendersi dimostrando di aver tenuto un comportamento diligente e nonostante questo di non essere venuto a conoscenza dell'illecito, oppure dimostrando che la violazione non poteva essere considerata oggettivamente evidente e chiara, escludendo in questo modo un suo obbligo di intervento» (SALVATORI A., *Telematica e reati di sfruttamento sessuale dei minori*, in *Cyberspazio e diritto*, 2000, 381 ss. e quivi 402). Tornando alla normativa tedesca, l'art. 5 del TDG disciplina espressamente presupposti e limiti della responsabilità

3 La giurisprudenza italiana e la sua evoluzione

Per quanto concerne la giurisprudenza italiana, la casistica in tema di responsabilità (civile e penale) dei *provider* risulta ancora alquanto modesta e rivela al contempo un percorso tutt'altro che lineare.

In particolare, anteriormente al D. Lgs. 70/2003, possono in particolare individuarsi due diverse fasi: nella prima fase, i giudici tendevano a gravare gli ISP di una responsabilità per il controllo sui contenuti immessi da altri soggetti sui propri siti analoga a quella prevista dall'art. 57 c.p. e dall'art. 30 della Legge 6 agosto 1990, n. 223 («Disciplina del sistema radio visivo pubblico e privato»), con attribuzione ai *provider* di obblighi analoghi a quelli degli editori delle testate giornalistiche o dei gestori di radio o televisioni⁷³⁶; nella seconda fase, invece, che ha avuto inizio con l'ordinanza del Tribunale di Roma del 4 luglio 1998, la giurisprudenza ha parzialmente mutato il proprio orientamento, propendendo per l'esonero dell'ISP da obblighi di controllo – e relativa responsabilità in caso di violazione – sui contenuti medesimi⁷³⁷.

Nel prosieguo, pare dunque opportuno esaminare brevemente esaminate le principali pronunce che hanno caratterizzato l'evoluzione della giurisprudenza italiana in relazione alla problematica della responsabilità dei *provider*, pur se non relative alla specifica materia oggetto di questo studio, in quanto utili ai fini della riflessione circa la

giuridica, anche penale, dei diversi operatori su Internet, differenziando, in relazione alle loro diverse sfere di attività e competenza, i rispettivi obblighi di controllo e impedimento. La norma in commento, nei suoi quattro commi, detta, in estrema sintesi, i seguenti principi: i fornitori di servizi: i) sono responsabili secondo le leggi comuni dei propri contenuti da essi resi disponibili; ii) sono inoltre responsabili dei contenuti altrui tenuti a disposizione per l'utilizzo, ma alla duplice condizione che ne abbiano conoscenza (previsione che evita la tentazione di ricorrere alla figura del dolo eventuale) e che per loro sia tecnicamente possibile ed esigibile impedirne l'utilizzo da parte di terzi; iii) non sono responsabili dei contenuti altrui qualora si siano limitati a fornire solo l'accesso alla Rete (e si precisa che una ritenzione automatica e di breve durata di materiali altrui, conseguente alla richiesta di utenti, va considerata come fornitura di accesso); iv) nel rispetto della riservatezza delle comunicazioni a distanza (di cui al § 85 della legge sulle telecomunicazioni), qualora acquisiscano conoscenza di contenuti illeciti, hanno l'obbligo di impedire la disponibilità di tali materiali secondo le leggi generali, qualora la chiusura sia tecnicamente possibile ed esigibile. In base alla legge tedesca, pertanto, il *provider* non può restare estraneo a qualsiasi forma di responsabilità per la diffusione di materiali illeciti anche da parte di coloro ai quali si sia limitato a fornire accesso alla Rete. Il fondamento della responsabilità degli ISP è individuato nel mancato impedimento del reato commesso in Rete, pur se alla responsabilità medesima sono posti limiti in ragione delle accertate difficoltà tecniche di attuare un effettivo controllo da parte del fornitore di accesso e di servizi.

⁷³⁶ Cfr. LIVRAGHI G., *Pericolo: sequestratori in agguato*, 29 giugno 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/pericolo.htm>; CAMMARATA M., *Internet, diritto e politica, non c'è da stare allegri*, 2 luglio 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/allegri.htm>.

⁷³⁷ RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008, 387.

configurabilità di una responsabilità penale degli ISP per reati di sfruttamento sessuale dei minori perpetrati anche da parte di terzi per via telematica.

L'8 agosto 1996, un'ordinanza del Tribunale di Napoli, sul presupposto dell'equiparazione del *provider* al direttore del giornale, ha affermato la responsabilità (aquiliana, per compartecipazione colposa nell'illecito di concorrenza sleale) dell'ISP «per aver autorizzato, consentito o comunque agevolato il comportamento illecito» di un suo utente, che creava contenuti e che aveva diffuso via Internet messaggi pubblicitari contenenti nomi, segni distintivi e marchi appartenenti ad altra società in violazione delle regole di concorrenza. Il *provider* – secondo quanto sembra desumersi dalla lettura dell'ordinanza – svolgeva attività di fornitura di ospitalità⁷³⁸, e, secondo l'organo giudicante, doveva ritenersi responsabile per aver colpevolmente agevolato o comunque autorizzato o consentito l'attività del cliente di trasmissione di messaggi illeciti, omettendo di porre in essere uno specifico controllo, ritenuto necessario alla luce della «eccezionale diffusione dello strumento di comunicazione utilizzato»⁷³⁹. La pronuncia del Tribunale di Napoli in commento ha disposto l'inibizione della diffusione in rete dei messaggi lesivi, nonché, in via cautelativa, la chiusura dei siti utilizzati per la diffusione dei messaggi ritenuti illeciti.

Il decreto della Procura della Repubblica presso la Pretura Circondariale di Vicenza del 23 giugno 1998 (relativo al caso di diffamazione *on line* concernente il sito di “Isole nella Rete”, sul quale erano stati inviati messaggi diffamatori e di boicottaggio che andavano a colpire un *tour operator* specializzato in viaggi in Turchia) ha disposto il sequestro *ex art.* 321, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., di tutte le attrezzature del *provider*

⁷³⁸ RICCIO G.M., *Anonimato e responsabilità in Internet*, nota a Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 dicembre 1999, in *Dir. inf.*, 2000, 314 ss. e quivi 331, il quale, con riferimento all'ordinanza del Tribunale di Napoli afferma che i giudici avrebbero attribuito al *provider* una responsabilità oggettiva, considerato che lo stesso svolgeva unicamente attività di *hosting*.

⁷³⁹ Tribunale di Napoli, ordinanza 8 agosto 1996, in *Dir. inf.*, 1997, 970 e in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, 38. Cfr. inoltre, RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008, 387-388, che segnala come lo stesso Tribunale di Napoli, in una successiva pronuncia dell'agosto 1997, abbia confermato l'equiparazione dell'ISP ad un organo di stampa, nonché i connessi obblighi di vigilanza che, in ragione di tale equiparazione, sussisterebbero in capo ai *provider*. L'Autore ricorda inoltre la sentenza del Tribunale di Teramo dell'11 dicembre 1997, che ha confermato l'equiparazione del sito Internet ad un organo di stampa, muovendo dalla considerazione che «il mezzo non modifica l'essenza del fatto» (Tribunale di Napoli, 8 agosto 1997, in *Dir. e giur.*, 1997, 472). In dottrina, sottolinea l'analogia tra le esigenze di tutela emergenti nell'ambito di Internet rispetto e quelle configurate con riferimento agli altri *media*, ed in particolare alla stampa, PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss. e quivi 382-383; *contra*, ZENO-ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 15 ss. e quivi 23; MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss. e quivi 78.

attraverso le quali era stata immessa la notizia diffamatoria in Rete, pur se all'epoca il *provider* non era nemmeno indagato e nonostante il sequestro medesimo comportasse l'oscuramento dello spazio *web* di oltre un centinaio di associazioni, centri sociali e radio autogestite⁷⁴⁰. Il presupposto del provvedimento in esame è stato individuato nella circostanza che il sito Internet rappresentava lo «strumento» della diffusione del dato diffamatorio e dunque mezzo di consolidamento dell'illecito, idoneo a subire un provvedimento cautelare reale in grado d'impedire in modo assoluto l'ulteriore diffusione dell'illecito.

Una successiva pronuncia del Tribunale di Cuneo, invece, ha escluso ogni responsabilità del *provider* in relazione ad una violazione del diritto d'autore attuata da un suo utente attraverso un sito ospitato dal suo *server*. Nella motivazione della sentenza, il giudice di merito ha argomentato che, essendosi il *provider* limitato a concedere il solo servizio di connessione ed accesso alla Rete ed uno spazio di pubblicazione, il suo ruolo «con una certa approssimazione può assimilarsi a quello di un centro commerciale che abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l'autore ha esposto i prodotti incriminati»⁷⁴¹.

Di notevole rilievo risulta altresì l'ordinanza del Tribunale di Roma del 4 luglio 1998, che, onde valutare l'ascrivibilità in capo all'ISP imputato della fattispecie di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p., ha svolto una riflessione più generale sui diversi ipotetici profili di responsabilità penale degli operatori e fornitori di servizi in Internet, già oggetto delle riferite elaborazioni dottrinali.

In particolare, l'ordinanza in commento, negando l'assimilabilità del sito Internet alla testata giornalistica, ha rigettato il ricorso della Banca del Salento che aveva chiesto un provvedimento d'urgenza per la rimozione di un presunto messaggio diffamatorio immesso da un utente su di un *newsgroup* di Mailgate (*news-server*), un servizio offerto dalla società Pantheon S.r.l. che gestiva il sito⁷⁴².

⁷⁴⁰ Decreto del Procuratore della Repubblica di Vicenza del 23 giugno 1998, in *Dir. inf.*, 1998, 821 e accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/sequestr.htm>.

⁷⁴¹ Tribunale di Cuneo, 19 ottobre 1999, in *AIDA*, 2000, 809.

⁷⁴² Tribunale di Roma, ordinanza 4 luglio 1998, accessibile al sito <http://www.interlex.it/testi/or980704.htm>. Si legge anche nell'ordinanza che «il messaggio inviato da un soggetto nella sua qualità di privato cittadino, come nel caso che ci occupa, non può essere qualificato, ai fini della sua eventuale valenza scriminante della diffamazione, come esercizio del diritto di cronaca giornalistica non essendo possibile rintracciare i necessari estremi del carattere giornalistico dell'attività svolta e dell'intento lucrativo proprio di ogni attività professionale. Ed ancora il messaggio in oggetto si caratterizza non tanto per la narrazione di fatti accaduti (profilo prevalente nel campo del diritto di

L'ordinanza dei giudici romani ha esonerato sia il *news-server*, sia la società che gestiva il sito, da ogni responsabilità, considerato che il primo non poteva essere legittimato passivo, mentre la società, che si limitava a fornire il servizio senza moderare gli interventi, non poteva esercitare alcuna forma di controllo o vigilanza sui contenuti: si legge nell'ordinanza che il *provider* «non può essere chiamato a rispondere in proprio per le attività svolte nella sua qualità di organo responsabile del *news-server* Pantheon S.r.l. Neppure la Pantheon S.r.l. è da ritenersi legittimata passiva dal presente ricorso, in quanto il *news-server* si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio “virtuale” dell'area di discussione e, nel caso di specie, trattandosi di un *newsgroup* non moderato, non ha alcun potere di controllo e vigilanza sugli interventi che vi vengono inseriti».

Il provvedimento in commento ha aperto la strada ad un nuovo filone giurisprudenziale in merito alla questione della responsabilità degli ISP in Italia, a favore dell'esonero da responsabilità del mero gestore del sito che «si limiti a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale», anticipando, con grande lungimiranza, anche gli sviluppi in tale direzione della normativa comunitaria.

Lo stesso Tribunale di Roma, il 22 marzo 1999, ha statuito che «il *provider* che effettua il collegamento in Rete non è tenuto ad accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito: tuttavia, sussiste la sua responsabilità per colpa se il contenuto delle dette comunicazioni da trasmettere appaia all'evidenza illecito; in questo caso, il *provider*, dando corso al collegamento concorre nel fatto illecito in quanto dà un apporto causale alla commissione dello stesso»⁷⁴³. Nella pronuncia in esame, il tribunale ha precisato inoltre il principio secondo cui il *provider* ha una responsabilità concorsuale nella violazione qualora siano chiare le intenzioni illecite dell'utente, ossia «se dalle circostanze nelle quali si è concretizzato il rapporto tra operatore neutro e utente fornitore di contenuto risulta palese che quest'ultimo intende utilizzare il sito per la commissione di un illecito». Risulta quindi applicata all'ISP che abbia dato un apporto causale alla realizzazione dell'illecito la

cronaca), quanto per la formulazione di giudizi personali da parte del Restaino [l'autore dell'illecito, n.d.r.] sugli eventi verificatesi e pertanto deve essere considerato manifestazione del diritto di critica, di cui all'art. 21 della Costituzione». Per un commento, v. CAMMARATA M., *Finalmente una decisione sulla responsabilità del provider*, 20 luglio 1998, accessibile al sito <http://www.interlex.it/regole/finalmen.htm>.

⁷⁴³ Tribunale di Roma, sentenza 22 marzo 1999, in *Dir. inf.*, 2000, 66 ss., con nota di SAMMARCO P., *Sulla responsabilità del provider*, in *ibid*, 78 ss. V. inoltre BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss.

disposizione di cui all'art. 2055 cod. civ., in un'ottica, come detto, che anticipa le previsioni di cui alla Direttiva 2000/31/CE e relativo decreto di recepimento.

Un'ulteriore pronuncia di rilievo è rappresentata dalla sentenza del Tribunale di Bologna del 26 novembre 2001, che ha qualificato come fornitore di contenuti (*content provider*) un *provider* che «pur limitandosi a fornire l'accesso al sito gestito (anche in piena autonomia) da altri, non consenta d'identificare il soggetto in questione né fornisca prova del contenuto degli accordi di utilizzazione dello spazio *web* con tale soggetto identificato»⁷⁴⁴. Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto sussistente la responsabilità del *provider* in forza dall'applicabilità in via analogica – possibile ai soli fini civilistici – dell'art. 11 della Legge 8 febbraio 1948, n. 47, che prevede che «per i reati commessi con il mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore», ed ha ricollegato tale responsabilità non tanto all'esercizio dell'attività di *hosting*, quanto al fatto della protezione (oggettiva) dell'anonimato del gestore del sito.

Il Tribunale di Firenze, con sentenza del 21 maggio 2001, ha invece affermato la responsabilità dell'*host provider* per l'uso, da parte di terzi, di un sito recante un nome lesivo del marchio noto altrui, sul presupposto che l'attività di registrazione del *domain name* era stata curata dal *provider* medesimo⁷⁴⁵. Trattasi, in tal caso, di responsabilità per fatto proprio, in quanto l'ISP è chiamato a rispondere di un illecito che si ritiene esso abbia compiuto direttamente, pur se la condotta criminosa si collega necessariamente all'attività del gestore terzo del sito, in difetto della quale la mera creazione di un *domain name* – che restasse inutilizzato – sarebbe risultata irrilevante in quanto inidonea a ledere l'altrui diritto.

Pare opportuno inoltre ricordare l'ordinanza del Tribunale di Napoli del 14 giugno 2002, che ha fornito una rigorosa distinzione tra le figure del *content provider* e dell'*host provider*. Secondo i giudici napoletani, solo il *content provider* è responsabile dell'illiceità dei contenuti, mentre l'*host provider* deve andare esente da responsabilità (pur quando, come nel caso di specie, ha pubblicizzato la propria società sul sito incriminato), sul presupposto che chi esercita una mera attività di *hosting* non può

⁷⁴⁴ Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 75, ss., con nota di BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, 77 ss.

⁷⁴⁵ Citata in BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, nota a Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 77 ss.

ritenersi obbligato ad accertare o impedire eventuali immissioni di contenuti illeciti da parte del gestore del sito ospitato⁷⁴⁶.

Si tratta di una sentenza importante nel panorama italiano, in quanto appunto individua con precisione la distinzione fra le diverse tipologie di *provider* e vi correla tipi e gradi diversi di responsabilità.

Successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. 70/2003, la giurisprudenza, giudicando un caso di violazione del diritto d'autore, ha fatto applicazione della nuova disciplina in materia di responsabilità dei *provider* e si è pronunciata nel senso che «il prestatore di un servizio della società dell'informazione il quale, rispetto al sito *web* dello stesso allestito e gestito, non si limita alla fornitura dei servizi di connettività ed alla gestione tecnica, ma operi quale fornitore di materiale informativo, è responsabile, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., dei contenuti inseriti *on line*. Diversamente, il *provider* che si limiti alla prestazione del servizio di memorizzazione, tendenzialmente stabile, dei dati immessi dai propri clienti o da altri utenti della Rete (*host provider*), è responsabile, ai sensi degli artt. 2043 e 2055 cod. civ., a titolo di colpa, qualora, consapevole della presenza di materiale sospetto sul sito, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; a titolo di dolo, nel caso in cui egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire»⁷⁴⁷. I giudici ribadiscono pertanto che, mentre il mero *host provider* va esente da responsabilità, il *content provider* è ritenuto responsabile per l'illecito in materia di diritto d'autore commesso da terzi attraverso il sito da lui gestito, ma soltanto quando esso abbia consapevolezza del carattere antigiuridico dell'attività svolta dall'utilizzatore: «si tratta, in altri termini, di responsabilità soggettiva, non essendo estensibile analogicamente all'*internet provider* la responsabilità in sostanza oggettiva prevista dalla legge a carico del responsabile editoriale per gli illeciti commessi a mezzo stampa, stante la concreta imponibilità di operare una verifica dei dati trasmessi da tutto il mondo sul sito *de quo*».

⁷⁴⁶ Tribunale di Napoli, ordinanza 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 75 ss., con nota di BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, 77 ss. V. inoltre, Tribunale di Napoli, sentenza 4 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2004, 291: «affinché il *provider*, che si limiti ad ospitare sui propri *server* i contenuti di un sito Internet predisposto dal cliente, possa rispondere per le attività illecite poste in essere da quest'ultimo, non è possibile ravvisare un'ipotesi di colpa presunta, ma è necessario che sussista la colpa in concreto, ravvisabile, ad esempio, laddove venuto a conoscenza del contenuto diffamatorio di alcune pagine *web*, non si attivi immediatamente per farne cessare la diffusione in rete».

⁷⁴⁷ Tribunale di Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. inf.*, 2004, 466.

Recentemente, infine, un interessante caso, che ha fatto molto discutere ed ha destato grande scalpore nell'opinione pubblica, è rappresentato dalla iscrizione nel novembre del 2006 nel registro degli indagati di quattro dirigenti di Google Italia S.r.l., nell'ambito dell'inchiesta sul video *choc* del ragazzo disabile sottoposto a soprusi in un istituto tecnico di Torino. L'ipotesi di reato loro contestata è quella di concorso in diffamazione aggravata per omesso controllo e violazione della legge sulla *privacy*. La vicenda giudiziaria a carico di Google Italia S.r.l. ha avuto origine a seguito dell'iniziativa dell'associazione Vividown, che ha chiesto di accertare la responsabilità dei vertici di Google per la mancata vigilanza sulle immagini trasmesse via *web* utilizzando gli spazi messi a disposizione del motore di ricerca in quanto, all'interno del video pubblicato su Google che riprendeva le violenze venivano pronunciate anche frasi denigratorie nei confronti di ragazzi *down*. Il caso non è ancora giunto a sentenza, ma si conosce già la richiesta dei pubblici ministeri milanesi, che è stata quella della condanna dei quattro dirigenti ad un anno e sei mesi di reclusione.

3.1 La sentenza del Tribunale di Roma del 18 marzo 2004 sulla responsabilità del *provider* ex art. 600-ter c.p.

Venendo alla questione della responsabilità del *provider* in materia di reati di sfruttamento sessuale dei minori a mezzo Internet, un interessante precedente – seppur ancora isolato – è rappresentato dalla sentenza del Tribunale di Milano, in composizione collegiale, del 18 marzo 2004, che ha affrontato espressamente la questione della responsabilità penale dell'ISP ex art. 600-ter, terzo comma, c.p.⁷⁴⁸.

Il caso giunto al vaglio dei giudici milanesi riguardava un *provider* titolare di un sito strutturato in modo simile ad un motore di ricerca e contenente un *link* (ovvero un collegamento ipertestuale) ad un altro sito sul quale era presente materiale pedopornografico. Il *provider* si era visto contestare la distribuzione, divulgazione e pubblicizzazione a mezzo del sito incriminato di cinque filmati pedopornografici e

⁷⁴⁸ Tribunale di Milano, Sez. V penale collegiale, sentenza 25 febbraio – 18 marzo 2004, n. 1993, in *Giur. merito*, 2004, 1713 ss., con nota di RESTA F., *La responsabilità del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *ibid.*, 1715 ss. e con commento di NATALINI A., *Il service provider non risponde del sito pedopornografico di terzi. Non esiste la mera responsabilità da link*, in *Dir. Giust.*, 2004, 22, 60 ss.; SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss.

quattordici immagini pedopornografiche, e si era difeso sostenendo di offrire solo un sito di classifiche dei siti più votati, ordinati per categorie, e sottolineando che per fornire tale servizio si limitava ad analizzare le sole *home page* dei siti che venivano poi iscritti in classifica secondo una procedura automatizzata. L'indagine condotta dalla Polizia Postale aveva verificato che l'*home page* del sito contenente il materiale pedopornografico non conteneva alcun materiale dal quale potesse essere desunta o anche solo immaginata o presunta la presenza di materiale pedopornografico, per accedere al quale era invece necessario entrare in un sottomenù non immediatamente visibile e risolvere una sorta di facile enigma.

Il Tribunale di Milano, chiamato a pronunciarsi corresponsabilità penale del *server provider* per aver pubblicato sul proprio sito un *link* ad un altro sito, gestito da terzi, contenente materiale pedopornografico, ha assolto il *provider* dall'imputazione per il delitto di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., escludendo in capo allo stesso la sussistenza di una responsabilità penale, sia a titolo di omesso impedimento dell'evento, sia a titolo di concorso.

Nella motivazione della sentenza, il tribunale ha rilevato, in primo luogo, come la varietà delle condotte tipiche elencate dall'art. 600-ter, terzo comma, c.p. sia fonte di gravi incertezze in merito all'eventuale corresponsabilità dei *provider* che non siano anche gli autori materiali dell'immissione dei dati illeciti in relazione alla distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione e cessione a terzi di materiale pedopornografico.

I giudici milanesi si sono chiesti, in particolare, se ai *network provider*, agli *access provider* e ai *service provider* possa ascrivere la responsabilità per il fatto illecito altrui, ovvero per la condotta criminosa tenuta dal *content provider* che abbia agito attraverso le infrastrutture tecnologiche messe a sua disposizione dal *server provider*. Sul punto, il collegio giudicante ha osservato che, nei casi di responsabilità indiretta, l'attività dei *provider* «è del tutto autonoma rispetto a quella illecita del *content provider* pur essendo causalmente la *condicio sine qua non* del realizzarsi della seconda», salvo nelle ipotesi marginali in cui il *provider* «abbia agito come moderatore di un *newsgroup* e/o laddove abbia provveduto ad un controllo dei messaggi pervenuti sul suo spazio *web* attraverso i siti ospitati o richiamati ed abbia influito – proprio in funzione di tale analisi – nell'organizzarne la fruibilità per gli utenti attraverso il suo servizio per esempio con l'applicazione di un *banner* od altro».

Muovendo da tale considerazione, il tribunale ha ripercorso le diverse ipotesi di responsabilità del *provider* discusse in dottrina, al fine di valutarne l'applicabilità al caso concreto, finendo per escluderle – correttamente – tutte nel caso *sub judice*.

Il collegio ha escluso dapprima la configurabilità in capo all'imputato di una responsabilità a titolo di omissione.

Il collegio ha argomentato che tale responsabilità non può sussistere in capo all'ISP, difettando il presupposto di legge dell'esistenza di una posizione di garanzia con conseguente obbligo giuridico di impedimento della condotta *ex art. 600-ter*, terzo comma, c.p. Il collegio, infatti, richiamandosi alla dottrina e alla giurisprudenza sul punto, ha ribadito che *de jure condito* non esiste una specifica norma giuridica che preveda una posizione di garanzia in capo all'operatore della realtà virtuale, considerata l'inapplicabilità in via analogica (altrimenti in *malam partem*) degli artt. 57 e 57-bis c.p., la non riconducibilità dell'attività del *provider* di offerta di uno spazio *web* e di apertura di un *link* ad una (precedente) attività pericolosa tale da ingenerare l'obbligo di impedirne le successive conseguenze dannose⁷⁴⁹, e, infine, l'inesigibilità⁷⁵⁰ in concreto di un efficace controllo sui messaggi ospitati sul sito «visto l'enorme afflusso dei dati che transitano sui *servers* e la possibilità costante di immissione di nuove comunicazioni anche attraverso collegamenti alternativi, proprio per la struttura aperta

⁷⁴⁹ Sul punto, v. MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 161-162.

⁷⁵⁰ In argomento, FORNASARI G., *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004, 424 ss., che spiega come nell'ordinamento tedesco si sia inteso recuperare la categoria dell'esigibilità (che presuppone un comportamento materialmente possibile, del quale si deve accertare se «possa essere umanamente preteso, in una data situazione caratterizzata dalla pressione di particolari circostanze esogene, da un soggetto assimilabile a quello la cui condotta è oggetto di giudizio»), categoria «arcaica» e appartenente alla dogmatica classica, proprio al fine di «tracciare i confini della responsabilità nel settore più moderno, tecnologizzato e futuristico del diritto penale», ovvero della responsabilità penale degli operatori su Internet. L'intento della legislazione tedesca è quello di individuare, attraverso l'esigibilità e le clausole delimitative della possibilità tecnica, «un delicato punto di equilibrio tra l'esigenza di non rinunciare a combattere la diffusione di illeciti attraverso la co-responsabilizzazione di un soggetto garante e quella di non togliere impulso ad un'attività in sé socialmente vantaggiosa». Secondo l'Autore, la possibile «rinascita» della categoria dell'esigibilità si ricollegerebbe al fatto che diverse forme di responsabilità tipiche del moderno diritto penale presentano la struttura dell'omissione per mancato o inefficace controllo su comportamenti altrui. Al contempo, però, l'Autore sottolinea come «il riferimento alla esigibilità sembra un modo un po' fuorviante per rendere a livello legislativo il punto della citata dichiarazione della Conferenza ministeriale europea del luglio 1997 in cui si raccomanda che i *providers* non siano soggetti a regole irragionevoli, sproporzionate o discriminatorie». Considerata la maggior ricchezza di contenuti – in particolare quanto al bilanciamento dei beni giuridici in gioco – che si ricollega ai criteri di ragionevolezza e proporzione rispetto a quello dell'esigibilità, l'Autore ritiene che i suddetti criteri meglio si attaglino alle diverse sfaccettature della questione dell'ascrivibilità in capo ai *provider* di una responsabilità per omesso impedimento.

di Internet che non rappresenta alcun unitario sistema centralizzato, ma una possibilità di molteplici connessioni fra reti e *computers* diversi».

I giudici milanesi hanno parimenti escluso la sussistenza in capo all'ISP di una responsabilità a titolo di concorso con il *content provider* nella realizzazione della fattispecie di divulgazione o agevolazione della divulgazione di materiale pedopornografico.

Il collegio, infatti, ha sottolineato come, sotto il profilo oggettivo, affinché possa aversi un contributo causale all'illecito, è necessario che il *network, access* o *service provider* «si sia inserito nella divulgazione del messaggio con un *quid pluris* rispetto alla sua solita attività, con una interazione con detto sito», mentre invece l'ordinaria attività di offerta di uno spazio *web* e l'apertura di un *link* – riscontrata nel caso al suo esame – rimane un'attività lecita e priva di disvalore penale «se non venga diversamente qualificata per la conoscenza dell'illiceità dei contenuti che si sono ospitati od a cui si è dato accesso».

Inoltre, per quanto attiene al profilo soggettivo, con riferimento al dolo di partecipazione del *service provider* all'altrui attività illecita, il tribunale ha ritenuto che la condotta posta in essere dall'imputato (fornitura di spazio *web* e apertura di un *link* ad altro sito) non potesse considerarsi sorretta «dall'elemento del dolo diretto – configurabile nella volizione e rappresentazione del Tatbestand, peraltro arricchita, in ragione della forma concorsuale di realizzazione della fattispecie, dalla volontà di cooperare, mediante il proprio contributo, all'altrui condotta – in quanto il sito cui l'imputato consentiva il collegamento non presentava alcun richiamo a materiale od immagini pedopornografiche (per accedere alle quali era necessario procedere alla progressiva selezione di sottomenù non immediatamente visibili), né la presenza di tali contenuti avrebbe potuto essere desunta *aliunde* (ad esempio, dal nome del sito, ovvero dalla indicazione del nominativo del suo intestatario)»⁷⁵¹. Tale conclusione, secondo i giudici milanesi, era suffragata, da un lato, dalle concrete modalità con cui era stata realizzata la condotta *sub judice*, considerato che il *provider* si era limitato a fornire una classifica dei siti più votati selezionati sulla base di una procedura di iscrizione automatizzata, basata sul mero accertamento della corrispondenza (solo estrinseca) del

⁷⁵¹ RESTA F., *La responsabilità del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, nota a Tribunale di Milano, Sez. V penale collegiale, sentenza 25 febbraio – 18 marzo 2004 n. 1993, in *Giur. merito*, 2004, 1715 ss. e quivi 1717.

sito stesso alle categorie nelle quali si articolava la classifica, e, dall'altro, dalle risultanze probatorie, dalle quali non era emerso alcun collegamento personale od economico tra l'imputato ed il titolare dell'abbonamento via *web*.

L'organo giudicante ha escluso altresì la configurabilità in capo al *service provider* dell'elemento soggettivo nella forma del dolo eventuale. Meritevole di attenzione è il ragionamento tramite il quale il tribunale perviene a tale conclusione: si legge, infatti, nella motivazione della sentenza che «ogniqualevolta non vi siano specifici elementi che consentano di ricondurre nella sua [del *provider*, n.d.r.] sfera di conoscibilità una specifica attività illecita commessa per suo tramite e ciò [...] per la struttura aperta di Internet (che rende in astratto possibile immissioni costanti, autonome e non controllabili sugli spazi gestiti dal Server laddove lo stesso anche per il tipo di servizio gestito non abbia potuto applicare alcuna tutela rispetto a dette immissioni)», giudicando responsabile l'ISP di tale attività illecita «si finirebbe per equiparare il dolo eventuale a un dolo *in re ipsa*», opzione palesemente inaccettabile⁷⁵².

Il Tribunale di Milano ha pertanto ritenuto non sussistenti in capo all'ISP nemmeno i requisiti minimi di conoscibilità dell'attività illecita altrui realizzata per suo tramite, posto che nel caso di specie non vi era stata da parte del *provider* alcuna attività attiva ed eteronoma di gestione del *web*, ed ha inoltre sottolineato come ciò dipenda anche dalla natura e dalle peculiari caratteristiche di Internet, e, soprattutto, dalla continua mutevolezza della realtà virtuale e dalla conseguente estrema difficoltà in generale per i *provider* di esercitare un effettivo controllo sui contenuti immessi in Rete da parte di utenti o terzi.

Il tribunale ha conseguentemente escluso la sussistenza in capo al *provider* anche del requisito psichico della consapevolezza (e *a fortiori* della volontà) di agevolare, con il proprio contributo materiale, l'altrui realizzazione del delitto di divulgazione di materiale pornografico, derivante dallo sfruttamento di minori degli anni diciotto.

⁷⁵² Osserva correttamente RESTA F., *La responsabilità del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. merito*, 2004, 1715 ss. e quivi nota 9, nota a Tribunale di Milano, Sez. V penale collegiale, sentenza 25 febbraio – 18 marzo 2004 n. 1993, 1713 ss., che, in realtà, «difettando nel caso di specie finanche il requisito della conoscibilità, in capo all'imputato, non sarebbe stato possibile ravvisare neppure gli estremi della colpa. Un'affermazione di responsabilità, in suddetta ipotesi, avrebbe in realtà celato una mera ascrizione di responsabilità oggettiva, di posizione, se non per fatto altrui, *tout court*».

4 Brevi note di comparazione

Al fine di fornire un quadro più completo della problematica della responsabilità dei *provider*, pare opportuno analizzare brevemente l'esperienza giuridica statunitense e quella giapponese, che possono costituire utili modelli di riferimento, nonché taluni precedenti che hanno caratterizzato il panorama giurisprudenziale europeo e che, analogamente, possono offrire utili spunti di riflessione e rappresentare una valida traccia per i giudici penali italiani che in questi anni iniziano a doversi confrontare con tale problematica⁷⁵³.

4.1 La responsabilità dei *provider* nell'ordinamento statunitense

4.1.1 Il modello statunitense di ascrizione della responsabilità dei *provider*

Senza dubbio, gli Stati Uniti, anche in virtù del progresso tecnologico di cui si sono fatti promotori, sono stati il primo Paese in cui si è sviluppato il dibattito più acceso ed articolato anche sul tema della responsabilità penale degli ISP e si sono verificate controversie avute che hanno dato luogo a pronunce in merito alla responsabilità degli ISP.

Da queste fondamentali pronunce prenderà pertanto le mosse l'analisi che segue.

Nella giurisprudenza statunitense, così come poi avvenuto anche in Italia, vi sono stati sia casi in cui è stata esclusa qualsiasi forma di responsabilità del *provider*, ritenuto mero tramite della comunicazione telematica, sia decisioni di segno diametralmente opposto, che hanno invece individuato una potenziale responsabilità degli ISP ricollegandola all'esercizio, diretto ed in concreto, da parte degli stessi di poteri di controllo sui dati (illeciti) immessi in Internet attraverso le loro piattaforme tecnologiche.

Quanto ai modelli di iscrizione della responsabilità in capo agli operatori e prestatori di servizi su Internet, la giurisprudenza statunitense ha mostrato di oscillare tra le categorie di *torts* (la responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento italiano della *direct*

⁷⁵³ Per un commento, v. RISTUCCIA R., TUFARELLI L., *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, 19 giugno 1997, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/ristufa.htm>.

liability o *liability for direct infringement*⁷⁵⁴ e della *vicarious liability*⁷⁵⁵, per poi approdare allo schema basato sulla *contributory infringement*⁷⁵⁶, che è incentrato sulla valutazione dell'effettivo contributo causale del *provider* nella causazione dell'evento⁷⁵⁷.

Il primo giudizio in materia di responsabilità di un *provider* risale al 1991 ed è rappresentato dal famosissimo caso *Cubby v. CompuServe Inc.*, relativo all'invio, da parte di un utente, di messaggi diffamatori poi registrati sul *server* dell'ISP *CompuServe*⁷⁵⁸. Si tratta del *leading case* dell'orientamento fondato sulla *vicarious liability*.

Nella pronuncia in esame, i giudici americani hanno assolto il *provider* sul presupposto della sua equiparazione ad una "libreria", il cui gestore non può essere considerato responsabile di ciò che è scritto all'interno dei libri esposti sugli scaffali. Secondo i giudici, infatti, una responsabilità del *provider* sarebbe stata ipotizzabile esclusivamente in presenza di un suo potere di controllo sui contenuti immessi nella Rete, e pertanto solo ove si fosse dimostrato che egli non aveva agito da mero distributore (*distributor*), limitandosi ad assicurare il trasferimento di altrui informazioni, bensì da editore, effettuando direttamente un controllo e pertanto una revisione critica del materiale da pubblicare in Internet. Nel caso di specie, invece, si era accertato che l'ISP aveva agito come mero punto di distribuzione ed era totalmente privo di poteri di controllo editoriale sui contenuti veicolati sul *forum* di discussione reso accessibile ai propri utenti. Con questa prima pronuncia, la giurisprudenza statunitense mostra un atteggiamento estremamente liberale nella materia in esame, propendendo per la tesi

⁷⁵⁴ Responsabilità diretta per fatto proprio, per certi versi simile a quella prevista dall'art. 2043 cod. civ., ma che prescinde dall'elemento psicologico del dolo o della colpa.

⁷⁵⁵ Responsabilità indiretta, riconosciuta in capo ad un soggetto in forza dei poteri di controllo di cui dispone – in forza di un rapporto giuridico – sull'attività posta in essere dall'autore materiale della condotta dannosa, ed assimilabile alla responsabilità dei padroni e dei committenti ex art. 2049 cod. civ.

⁷⁵⁶ Responsabilità da concorso colposo, imperniata sull'imputazione dell'evento dannoso in capo al soggetto che ha anche soltanto partecipato alla commissione dell'illecito, purché a conoscenza o comunque in grado di prevedere la violazione di norme da parte dell'autore materiale della condotta dannosa, equiparabile al concorso colposo ex art. 2055 cod. civ.

⁷⁵⁷ Così, BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss. e quivi 837. Per un esame approfondito, v. DELL'AQUILA E., *I principi generali della responsabilità nel diritto inglese*, Milano, 1989.

⁷⁵⁸ United States District Court, Southern District of New York, *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S. D. N.Y. 1991), Case No. 90 Civ. 6571 (PKL), 29 ottobre 1991, accessibile all'indirizzo <http://www.Internetlibrary.com/pdf/Cubby-CompuServe-SDNY.pdf> e in TORRANI O., PARISE S., *Internet e diritto*, Milano, 1998, 132.

secondo cui il *provider* che si comporta da mero punto di distribuzione dei contenuti deve andare esente da responsabilità per eventuali contenuti illeciti immessi da terzi nella Rete.

Nelle sentenze *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*⁷⁵⁹ del 1993 e *Sega Entertainment, Ltd. v. Maphia*⁷⁶⁰ del 1994, relative a casi di violazione di diritti di proprietà intellettuale e industriale, è stata invece stabilita la responsabilità del *provider* per le violazioni del *copyright* perpetrate dagli utenti, nel primo caso in quanto ritenuto diretto responsabile della diffusione del materiale (*direct liability*), nel secondo, per aver messo a disposizione sul proprio *server* gli strumenti necessari per copiare i *videogame* protetti incoraggiando gli utenti a caricare (*upload*) e scaricare (*download*) i videogiochi (*contributory infringement*)⁷⁶¹.

Nel successivo caso *Stratton Oakmont Inc v. Prodigy Service Company* del 1995, la società di consulenza finanziaria Stratton Oakmont aveva citato in giudizio il *provider* Prodigy affermando di essere stata denigrata da una serie di messaggi pubblici apparsi in un *forum* finanziario, in cui si asseriva che il presidente della Stratton era stato incriminato per vari reati⁷⁶². Prodigy – richiamandosi al precedente *Cubby v. Compuserve Inc.* – si era difesa sostenendo che, nella sua qualità di distributore, non poteva essere chiamata a rispondere di azioni illecite intraprese da terzi, e ciò anche perché non aveva esercitato alcun controllo sulle notizie pubblicate. Tuttavia, dalle indagini era emerso che Prodigy, in realtà, operava un controllo, seppur parziale, sui contenuti della messaggistica pubblica attraverso agenti *software* che provvedevano ad eliminare i messaggi osceni, e, per questo motivo, la Corte di New York ha stabilito che Prodigy – in quanto *provider* che compie operazioni di filtraggio – «può essere citato in

⁷⁵⁹ United States District Court, M.D. Florida, Jacksonville Division, *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993), Case No. 93-489-Civ-J-20, 9 dicembre 1993, accessibile all'indirizzo <http://www.Internetlibrary.com/pdf/Playboy-Frena.pdf>.

⁷⁶⁰ United States District Court, N.D. California, *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994), Case No. C 93-4262 CW, March 28, 1994, accessibile all'indirizzo <http://www.Internetlibrary.com/pdf/Sega-Enterprises-Maphia.pdf>.

⁷⁶¹ In particolare, fu attribuita al *provider* una responsabilità a titolo di concorso colposo (*contributory infringement liability*) a prescindere dalla circostanza che lo stesso avesse svolto o meno un servizio di controllo sui messaggi inviati dai propri utenti, sul presupposto che l'ISP era venuto a conoscenza delle violazioni commesse dagli utenti del suo sistema e non ne aveva impedito la prosecuzione (CERASANI C., *Nota sulla corresponsabilità dei provider per la violazione di segni distintivi su Internet*, in Archivio Ceradi, Luiss, accessibile all'indirizzo <http://www.archivioceradi.luiss.it>).

⁷⁶² Supreme Court of New York, Nassau County, *Stratton Oakmont Inc vs. Prodigy*, WL 805178 (N.Y. Sup.), 11 dicembre 1995, accessibile all'indirizzo <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/ISPC4.html> e in TORRANI O., PARISE S., *Internet e diritto*, Milano, 1998, 134.

giudizio per rispondere dei danni causati da un atto diffamatorio come se si trattasse di una televisione, un giornale ovvero un editore».

Nella pronuncia da ultimo citata, che riprende solo in parte l'impostazione del *leading case Cubby v. Compuserve Inc.*, è stata pertanto confermata l'insussistenza di obblighi di controllo sui contenuti in capo agli ISP, sul presupposto dell'assimilazione del *service provider* alla figura del "libraio" o del "bibliotecario". Ciononostante, i giudici sono pervenuti ad una pronuncia di condanna nei confronti del *provider* che aveva predisposto sistemi di filtraggio (sia sistemi di ricerca di termini osceni o offensivi, sia *content guidelines*) che avrebbero consentito l'eliminazione dei contenuti offensivi dal sito. Il fondamento della responsabilità dell'ISP è stato individuato nella circostanza che il *provider*, in forza dei poteri di controllo ed intervento che di fatto esercitava, non poteva essere equiparato ad un mero distributore, bensì piuttosto all'editore di una testata giornalistica, con le connesse conseguenze in tema di responsabilità.

L'impostazione adottata dai giudici nella pronuncia in esame è stata oggetto di fortissimi critiche «in quanto finirebbe per punire i *provider* che decidano di eseguire volontariamente una forma di controllo sui contenuti transitati sui propri siti e confermerebbe, *a contrario*, l'assoluta irresponsabilità per quelli che non adottano alcuna forma di filtro e/o controllo»⁷⁶³.

Il riferito orientamento giurisprudenziale ha posto in ogni caso l'accento su quella che rappresenta senza dubbio la questione nodale della problematica della responsabilità anche penale degli ISP, ovvero la sussistenza in capo agli stessi di un obbligo di sorveglianza e la portata di tale obbligo, questione che si riconnette a problemi ulteriori, quali: la fattibilità tecnica di attività di filtraggio dei contenuti immessi in Rete e la sicurezza tecnica che tali sistemi sono in grado di garantire; l'idoneità dei *provider* – ammesso che i suddetti sistemi di protezione siano tecnicamente possibili – ad individuare eventuali illeciti commessi mediante contenuti immessi da propri utenti; l'individuazione del fondamento giuridico del potere di controllo e di rimozione del contenuto ritenuto illecito che dovrebbe conseguentemente essere riconosciuto in capo al *provider*.

Peraltro, sempre nel 1995, nella decisione *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services*, i giudici hanno invece escluso che potesse ritenersi

⁷⁶³ BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss. e quivi 340.

sussistente in capo al *provider* un obbligo di controllo sulla liceità dei contenuti immessi da parte di fruitori del suo servizio nell'ambito di un *newsgroup*⁷⁶⁴.

Nel caso di specie, alcune copie di materiale appartenente alla setta Scientology erano state immesse in Rete da parte di un utente di Netcom On-Line, Dennis Erlich, senza la necessaria autorizzazione. La comunicazione non autorizzata era avvenuta all'insaputa del *provider* che forniva l'accesso al proprio *newsgroup* senza aver predisposto alcun controllo sugli interventi dei vari utenti. Conseguentemente, il *provider* Netcom On-Line, non effettuando alcun controllo sul materiale e comportandosi quindi da semplice vettore tecnologico neutrale, è stato dunque ritenuto esente da responsabilità.

Si è osservato che, in questo caso, l'esclusione della responsabilità del *provider* in relazione ai contenuti illeciti immessi in Rete da un utente è stata stabilita in modo ancor più radicale, considerato che è stato specificato che l'ISP, qualora non a conoscenza dell'illecito, doveva ritenersi esente da responsabilità in quanto operatore tecnico, qualificato addirittura come mero "fornitore di cavi e condotti", pur se lo stesso non aveva predisposto alcun controllo sugli interventi dei propri utenti nei vari *newsgroup*, e pertanto anche in relazione a comportamenti tecnicamente esigibili⁷⁶⁵.

Non può sottacersi come le sentenze *Stratton Oakmont Inc vs. Prodigy* e *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services* abbiano avuto senza dubbio il merito di effettuare una netta distinzione tra le diverse tipologie di *provider*, ossia, in particolare, tra «gli *access provider*, ossia coloro che forniscono semplicemente l'accesso ad un canale di comunicazione [...] e i *service provider*, che oltre a fornire un accesso alla rete, eseguono varie forme di controllo o di monitoraggio sul materiale inviato sul loro *server*»⁷⁶⁶.

Va detto tuttavia che la responsabilizzazione dei *service provider*, assimilati ad editori, ha avuto come conseguenza, nel periodo immediatamente successivo alle citate pronunce, quella di far sì che i consulenti legali statunitensi suggerissero «rapidamente a tutti gli *internet provider* di evitare qualsiasi forma di controllo e di monitoraggio [...]

⁷⁶⁴ United States District Court for the Northern District of California, *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services*, (N.D. Cal. nov. 21, 1995), Case No. C-95-20091 RMW, 21 novembre 1995, accessibile all'indirizzo http://www.louandy.com/CASES/RTC_v_Netcom.html.

⁷⁶⁵ RICCIO G.M., *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, nota a Cour d'Appel de Paris, *Lacambre c. Hallyday*, 10 febbraio 1999, in *Dir. inf.*, 1999, 929 ss. e quivi 939.

⁷⁶⁶ GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23 novembre 1998, accessibile all'indirizzo www.interlex.it/regole/gattei2.htm.

pubblicizzando chiaramente in Rete la piena libertà e responsabilità attribuite dal *provider* ai propri utenti»⁷⁶⁷.

4.1.2 *La tutela dei minori in Internet e la responsabilità degli ISP*

Nel 1996, infatti, il Congresso degli Stati Uniti ha promulgato il *Telecommunications Act*⁷⁶⁸, che ha ridisciplinato, attraverso la modifica del *Communication Act* del 1934, l'intera materia delle telecomunicazioni, con il dichiarato intento di ridurre la regolamentazione ed incoraggiare il rapido sviluppo delle nuove tecnologie di telecomunicazione.

In particolare, il quinto dei sette titoli del *Telecommunication Act*, noto come *Communications Decency Act* (CDA), ha introdotto nell'ordinamento giuridico statunitense la c.d. *Good Samaritan Clause* [47 U.S.C.A. § 230 (c) (1)], che stabilisce che un *provider* od utente di un sistema interattivo di *computer* non può essere considerato responsabile, al pari di un editore, della diffusione *on line* di materiale diffamatorio od offensivo fornito e comunicato da terzi. Per tale via, l'esperienza giuridica americana viene a caratterizzarsi per una sorta di "immunità" dei *provider* per la pubblicazione in Rete di contenuti provenienti da terzi legislativamente prevista⁷⁶⁹.

A far da contrappeso a tale norma, però, vengono introdotti due precetti penali: il primo [47 U.S.C.A. § 223 (a) (Supp. 1997)] per proibire la consapevole trasmissione di messaggi osceni o indecenti ad ogni destinatario minore degli anni diciotto, il secondo [47 U.S.C.A. § 223 (d)] vietava per vietare il consapevole invio o esposizione di messaggi manifestamente offensivi con modalità tali da renderli disponibili a persone minori degli anni diciotto; i suddetti divieti erano presidiati dalla pena, alternativa o congiunta, della multa o della reclusione non superiore a due anni.

In virtù della previsione dei due citati precetti penali, il *Communication Decency Act* viene pacificamente considerato il primo tentativo, su scala mondiale, di introdurre

⁷⁶⁷ GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23 novembre 1998, accessibile all'indirizzo www.interlex.it/regole/gattei2.htm.

⁷⁶⁸ Accessibile all'indirizzo <http://www.fcc.gov/telecom.html>.

⁷⁶⁹ Il § 230 (c) 1 del *Communication Decency Act* recita testualmente: «...no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider».

sanzioni penali nell'ambiente di Internet a tutela dei minori contro la diffusione nella Rete di materiale pornografico.

La prima applicazione giurisprudenziale della *Good Samaritan Clause* di cui alla novella del 1996 si ha l'anno successivo con la sentenza sul caso *Zeran v. American On line Inc.*, con la quale i giudici hanno escluso la responsabilità per *contributory infringement* del *provider* AOL in relazione alla presenza sul proprio *server* di messaggi diffamatori inviati da un utente, nonostante ne fosse stato informato e gli fosse stata richiesta da parte dell'interessato l'eliminazione – tecnicamente possibile – dei messaggi illeciti⁷⁷⁰.

Alla luce delle pronunce esaminate, si può affermare che, per quanto concerne gli illeciti di diffamazione o comunque lesivi dei diritti della personalità, la tendenza dell'ordinamento giuridico statunitense è stato nel senso di sancire l'assoluta irresponsabilità del *provider* anche nei casi in cui esso sia a conoscenza dell'illecito.

Anche la più recente pronuncia della Corte Suprema della California del novembre 2006⁷⁷¹, relativa ad un caso di diffamazione, ha ribadito ancora una volta che i *provider* non sono perseguibili, né civilmente, né penalmente, per il materiale illecito immesso da terzi in virtù della sorta di “immunità” prevista dal § 230 del *Communication Decency Act* a protezione – nelle intenzioni degli estensori – della libertà di espressione su Internet e per incoraggiare l'autocontrollo dei *provider*⁷⁷².

Venendo più specificamente alla materia che ci occupa, è di fondamentale importanza analizzare lo sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che si è trovata a dover affrontare il delicato tema dell'individuazione di un punto di equilibrio

⁷⁷⁰ United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, *Zeran v. American On line Inc.*, 958 F. Supp. (1997), Civil Action No. 96-952-A, 21 marzo 1997, accessibile all'indirizzo http://www.loundy.com/CASES/Zeran_v_AOL.html. È stato sottolineato in dottrina – in relazione alle (analoghe) previsioni del *Defamation Act* adottato nel regno Unito nel 1996 (accessibile all'indirizzo http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960031_en_1) – come la previsione dell'esclusione del *provider* da qualsiasi responsabilità quando esso sia un mero veicolatore in formato elettronico di un messaggio concepito da altri e quando non aveva conoscenza dell'illecito e non ha nemmeno attuato alcuna attività volta a selezionare o controllare o filtrare i contenuti non sollevi tuttavia il *provider* da altri tipi di responsabilità (DI CIOMMO F., *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, nota a Court d'Appel di Parigi, 10 febbraio 1999, in *Danno e resp.*, 1999, 754 ss. e quivi 763 ss.).

⁷⁷¹ Supreme Court of California, *S.J. Barrett v. I. Rosenthal*, Case No. S122955, 20 novembre 2006, accessibile al sito [http://daledietrich.com/imedia/decisions/Barrett_v_Rosenthal_\(Cali_Supreme_Crt_Nov_20_2006\).pdf](http://daledietrich.com/imedia/decisions/Barrett_v_Rosenthal_(Cali_Supreme_Crt_Nov_20_2006).pdf).

⁷⁷² La Corte Suprema della California, pur chiedendosi se l'autocontrollo dei *provider* sul materiale pubblicato possa ritenersi davvero efficace, ha, *rebus sic stantibus*, dovuto ribadire l'applicabilità al caso concreto dell'immunità prevista a favore dei *provider* dalla *Good Samaritan Clause*, non mancando però di evidenziarne le “disturbanti” implicazioni.

tra le contrapposte esigenze di protezione dei minori (con particolare riferimento alla problematica della lotta contro la diffusione di materiale pornografico in Rete) e di tutela della libertà di espressione nel nuovo panorama generato dall'avvento di Internet. Subito dopo la promulgazione del *Communication Decency Act*, l'associazione American Civil Liberties Union si è rivolta alla Corte federale degli Stati Uniti – Distretto orientale della Pennsylvania con una richiesta di *preliminary injunction*⁷⁷³ facendo valere l'illegittimità costituzionale per violazione del Primo⁷⁷⁴ e del Quinto Emendamento⁷⁷⁵ dei § 223 (a) e § 223 (d) della Sezione 502 (*Obscene or Harassing Use of Telecommunications Facilities under the Communication Act of 1934*) del *Communication Decency Act*.

Il giudice adito si è pronunciato sancendo l'illegittimità costituzionale del *Telecommunication Act* del 1996 per violazione dei suddetti emendamenti nella parte in cui comminava sanzioni penali ed amministrative a chi diffondesse o agevolasse la diffusione via Internet a minorenni di comunicazioni oscene o palesemente offensive della decenza, e, come richiesto, ha disposto in via preventiva la sospensione cautelare dei suddetti precetti penali⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Misura cautelare sospensiva di carattere preventivo.

⁷⁷⁴ Il I Emendamento introdotto con il *Bills of Rights* del 1789 così dispone: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

⁷⁷⁵ Il V Emendamento introdotto con il *Bills of Rights* del 1789 così dispone: «*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*».

⁷⁷⁶ United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, che ha disposto la sospensione cautelare delle disposizioni penali del *Communication Decency Act*, accessibile all'indirizzo <http://www.pas.rochester.edu/~mbanks/CDA/decision/frame.html> e pubblicata in inglese in *Riv. dir. ind.*, 1997, 228 ss., con nota di CUCINOTTA A., *ACLU c. Reno: il primo emendamento nell'era di Internet*, 296 ss.; trad. it. a cura di ZENO-ZENCOVICH, in *Dir. inf.*, 604 ss. e con nota di ZENO-ZENCOVICH V., *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*, in *Dir. inf.*, 1996, 641 ss. V. inoltre, in dottrina, CUCINOTTA A., *L'effimera apertura americana del divieto dell'indecenza nel Cyberspazio*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 165 ss.; CAPUZZI L., *La Corte Suprema degli Stati Uniti tra tutela della libertà di espressione e tutela dei minori*, in *Dir. Pubbl. comp. europeo*, 2003, 605 ss.; ZICCARDI G., *Informatica e diritto penale: brevi note, con particolare riferimento alla rete Internet*, in AA.VV., *Il diritto nel Cyberspazio*, a cura di BRUGALETTA F., Napoli, 1999, 139-165, e quivi 157-164; GRIPPO V., *Libertà di informazione e tutela dei minori su Internet*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 721 ss.; BURKE D.D., *Cybermut and the First Amendment: A Call for a New Obscenity Standard*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 1996, 87 ss.; V. JOHNSON D.L., *It's 1996: Do you Know Where your Cyberkids are?*, in *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 1996, I, 51 ss.

Si noti che, nonostante la decisione sia stata presa all'unanimità, ciascuno dei giudici del collegio giudicante ha provveduto a redigere un'opinione separata. In particolare, nella propria opinione, la presidente Sloviter, ha sottolineato come la decisione del collegio discenda dalla constatazione che la legge impugnata «copre un ambito più esteso del necessario e spegne le comunicazioni tra gli adulti» e che utilizza termini quali “manifestamente offensivo” e “indecente” che risultano «intrinsecamente indeterminati». Il giudice Buckwalter ha rilevato la medesima indeterminatezza, ravvisandovi una violazione del Primo e Quinto Emendamento. Il giudice Dalzell, invece, ha sottolineato come le peculiarità della comunicazione su Internet rendano estremamente difficile per il legislatore regolare il contenuto delle espressioni su tale *medium*⁷⁷⁷.

La pronuncia della corte distrettuale è stata immediatamente impugnata dal governo federale.

Il 26 giugno 1997, la Corte Suprema degli Stati Uniti⁷⁷⁸ ha tuttavia respinto l'impugnazione e confermato all'unanimità – ma con un'opinione concorrente di due dei nove giudici – la pronuncia della corte distrettuale e così anche la sospensione cautelare della Sezione 502 del *Communication Decency Act*.

Nell'articolato testo della sentenza della Corte Suprema redatto dal giudice Stevens, si legge che «il CDA manca della precisione richiesta dal primo emendamento quando una legge regola la libertà di parola. Negando ai minori l'accesso ad espressioni potenzialmente dannose, il CDA effettivamente sopprime un'ampia quantità di espressioni che gli adulti hanno il diritto costituzionale di ricevere e di inviare. Questa compressione della libertà di comunicazione fra adulti è inammissibile laddove esistano soluzioni alternative meno restrittive altrettanto idonee nel conseguimento degli scopi perseguiti dalla legge»⁷⁷⁹. E ancora «la latitudine applicativa delle norme invalidate era

⁷⁷⁷ Cfr. ZENO-ZENCOVICH V., *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso “Internet”*, nota a United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, in *Dir. inf.*, 1996, 641 ss.

⁷⁷⁸ United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, accessibile all'indirizzo <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=96-511> e trad. it. a cura di ZENO-ZENCOVICH V., in *Dir. inf.*, 1998, 64 ss.

⁷⁷⁹ La sentenza in esame rigetta anche l'obiezione del Governo secondo cui l'incontrollata disponibilità su Internet di contenuti indecenti e manifestamente offensivi stava allontanando innumerevoli cittadini dal *medium* a causa del rischio di trovarsi esposti essi stessi o di esporre i loro figli a materiale dannoso,

tale da determinare una soppressione ingiustificatamente ampia di forme di espressione destinate agli adulti [...] L'interesse alla protezione dei minori poteva, perciò, essere salvaguardato da misure alternative che (sebbene non altrettanto efficaci nell'isolare i minori da materiali indecenti) non avrebbero così diffusamente colpito forme di espressione senz'altro meritevoli di tutela costituzionale»⁷⁸⁰. Secondo la Corte Suprema, infatti, «i divieti del CDA, nei fatti, avrebbero reso penalmente illecite comunicazioni tra adulti costituzionalmente protette. La dichiarata finalità della protezione dei minori dall'accesso a materiali nocivi, nei termini fissati dal congresso, sarebbe stata conseguita al prezzo di un “eccessivo sacrificio” di diritti garantiti agli adulti dal primo emendamento (su questo punto converge la *concurring opinion* della O'Connor⁷⁸¹). È inoltre plausibile ritenere che divieti così indeterminati avrebbero colpito forme di espressione il cui contenuto è protetto anche nei riguardi dei minori [...]»⁷⁸².

Nella pronuncia in commento, la Corte Suprema ha ribadito i propri precedenti in tema di limiti alla libertà di diffusione di materiali “osceni” o “palesamente offensivi”, ma ha precisato anche che tali concetti non sono sufficientemente determinati e che la loro vaghezza costringerebbe gli utenti all'autocensura anche in relazione a materiali la cui

affermando in proposito che: «Noi troviamo tale argomentazione assolutamente non persuasiva. La vistosa espansione di questo nuovo mercato delle idee contraddice il suo contenuto fattuale. È dimostrato che la crescita di Internet è stata e continua ad essere fenomenale. E la nostra tradizione, in assenza di evidenza del contrario, ci induce a presumere che la disciplina governativa sul contenuto dell'espressione è idonea più a interferire con il libero scambio delle idee che a incentivarlo. L'interesse a promuovere la libertà di espressione in una società democratica prevale su ogni teorico ma indimostrato beneficio di una censura» (v. ZENO-ZENCOVICH V., trad. it. di United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, in *Dir. inf.*, 1998, 64 ss.).

⁷⁸⁰ CUCINOTTA A., «*Communications Decency Act*» per indecenza ciberspazio, nota a United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, IV, 23 ss. e quivi 27.

⁷⁸¹ Deve precisarsi tuttavia che nella *concurring opinion* del giudice O'Connor, posizione condivisa anche dal presidente del collegio Rehnquist, si precisava che – pur concordando con la maggioranza sulla necessità di valutare la costituzionalità del CDA rispetto all'attuale situazione di Internet, ravvisandosi nella disciplina di cui al CDA una violazione del diritto di espressione degli adulti garantito e tutelato dal I Emendamento – si riteneva che l'incostituzionalità del CDA potesse essere affermata solo rispetto alle comunicazioni cui partecipasse più di un adulto (e non invece in relazione alle comunicazioni tra un adulto e uno o più minori, quando l'adulto sia a conoscenza del fatto che i destinatari della comunicazione sono minori).

⁷⁸² CUCINOTTA A., «*Communications Decency Act*» per indecenza ciberspazio, nota a United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, IV, 23 ss. e quivi 26.

pubblicazione è protetta dal Primo Emendamento⁷⁸³. Sotto diverso profilo, il collegio giudicante, avvallando nella sostanza il percorso seguito dalla corte distrettuale, ha sancito l'inapplicabilità, ai sensi del Primo Emendamento, al cibernazio dei criteri per il controllo di costituzionalità delle leggi formulati in relazione ad altri mezzi di comunicazione, ma, al contempo, non ha definito alcun diverso specifico *standard* per Internet, rinunciando così ad affrontare la più generale cruciale questione dell'individuazione di una soglia costituzionale di intervento legislativo nel *cyberspace*, pur riconoscendo esplicitamente che Internet merita senz'altro un livello di tutela costituzionale della libertà di espressione superiore a quello garantito ad esempio al sistema radio-televisivo⁷⁸⁴.

Peraltro, i giudici non si sono occupati nemmeno – quantomeno espressamente – del problema della protezione dei minori dalla pornografia su Internet, né hanno modificato la legge contro il materiale “osceno”, cosicché, paradossalmente, la pedofilia su Internet risulta oggi non criminalizzata negli Stati Uniti se debitamente mascherata e quindi non esplicita, non “oscena”⁷⁸⁵.

Pochi mesi dopo la decisione della Corte Suprema, il Congresso ha presentato un nuovo progetto di legge per la tutela dei minori dalla fruizione di materiale pornografico disponibile in Rete, giungendo poi alla promulgazione il 21 ottobre 1998 del *Children Online Protection Act* (C.O.P.A.).

⁷⁸³ V. in particolare United States Supreme Court, 413 U.S. 15 (1973), *Miller v. California*, Case No. 70-73, 21 giugno 1973, accessibile al sito <http://supreme.justia.com/us/413/15/case.html>, decisione con la quale la Corte Suprema torna all'orientamento più risalente in materia di materiali osceni o pornografici statuendo che è ammissibile una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero qualora questo sia osceno (è ritenuto “osceno” quel materiale che provoca un interesse pruriginoso verso il sesso, oltre il comune senso del pudore, che descrive in modo palesemente offensivo contenuti e condotte di natura sessuale, che è privo di serio valore letterario, artistico, politico o scientifico). Non essendo il materiale osceno ovvero pornografico protetto dalle garanzie di libertà di manifestazione del pensiero previste dal I Emendamento, il Congresso aveva previsto divieti sanzionati penalmente di vendere, inviare, importare, trasportare e trasmettere (sia via etere, sia via cavo) materiale osceno, per quanto concerne il *web* con le citate disposizioni del CDA.

⁷⁸⁴ CUCINOTTA A., «*Communications Decency Act*» per indecenza cibernazio, nota a United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, IV, 23 ss. e quivi 23-24. In argomento, v. BERMAN J., WEITZNER D., *Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media*, in *Jale Law Journal*, vol. 104, n. 7, maggio 1995, 1631 ss., che affermano: «I *media* interattivi si distinguono dai *mass media* per il fatto che permettono agli utenti un notevole livello di controllo dei contenuti accessibili [...] una corretta comprensione dei *media* interattivi obbliga a concludere che qualunque regolamentazione pubblica diffusa dei contenuti non è appropriata e viola la fondamentale garanzia della libertà di parola assicurata dal primo emendamento».

⁷⁸⁵ SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss. e quivi 773.

La nuova disciplina, tuttavia, non è riuscita nemmeno ad entrare in vigore. Infatti, il giorno successivo alla sua promulgazione, l'American Civil Liberties Union ha presentato una *preliminary injunction* chiedendo che ne fosse dichiarata l'incostituzionalità ed impedita l'entrata in vigore prevista per il 20 novembre 1998 per violazione del Primo e del Quinto Emendamento, asserendo che la legge era vaga, nonché limitativa della libertà di espressione delle persone maggiori di 17 anni ed in tal senso anche discriminatoria. La richiesta dell'associazione è stata accolta.

Anche l'appello contro la *preliminary injunction* presentato dal Procuratore Generale Reno è stato respinto. La *Third Circuit Court of Appeal*, infatti, ha ritenuto che l'indeterminatezza del C.O.P.A. violava «*contemporary community standards in the context of the electronic medium of the Web to identify material that is harmful to minors*», e che pertanto le statuizioni della Corte Suprema nella sentenza del 26 giugno 1997 non erano state rispettate nella stesura del nuovo provvedimento legislativo⁷⁸⁶.

Il nuovo Procuratore Generale Ashcroft si è rivolto nuovamente alla Corte Suprema, ma, anche in questo caso, la pronuncia si è limitata a statuire che il testo del *Children Online Protection Act* non era sufficientemente determinato quanto all'identificazione del materiale «*harmful*» per i minori in relazione al Primo Emendamento, ed ha rinviato la decisione alla Corte Suprema⁷⁸⁷.

Con il *certiorari* del 29 giugno 2004, la Corte Suprema ha dato torto al Procuratore Generale Ashcroft, rifiutandosi di statuire in merito alla costituzionalità delle previsioni legislative e rimettendo la causa al ruolo dei giudici di merito, affinché gli stessi verificassero se fossero disponibili misure alternative meno invasive e restrittive della libertà ma altrettanto efficaci nel perseguimento dei fini di tutela dei minori perseguiti dal Congresso mediante l'approvazione del *Children Online Protection Act*⁷⁸⁸. La questione è tornata pertanto nuovamente alla corte distrettuale della Pennsylvania, ovvero al primo giudice che l'aveva affrontata.

⁷⁸⁶ United States Court of Appeals for the Third Circuit, *American Civil Liberties Union v. Reno*, 217 F. 3d 162 (CA3 2000), Case No. 99-1324, 22 giugno 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.aclu.org/privacy/speech/157261gl20000622.html>. Per un commento, v. SIMON G.E., *Cyberporn and censorship: constitutional barriers to preventing access to Internet pornography by minors*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1998, 1015 ss.

⁷⁸⁷ United States Supreme Court, *General Attorney Ashcroft v. American Civil Liberties Union et al.*, (2002) 535 U.S. 564, Case No. 00-1293, 13 maggio 2002, accessibile all'indirizzo <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1293.ZS.html>.

⁷⁸⁸ United States Supreme Court, *certiorari* to the United States Court of Appeals for the Third Circuit, *General Attorney Ashcroft v. American Civil Liberties Union et al.*, Case No. 03-218, 29 giugno 2004, accessibile all'indirizzo <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-218.ZS.html>.

La corte distrettuale ha stabilito che il *Children Online Protection Act* violava il Primo e il Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, in quanto le previsioni di tale legge non erano sufficientemente determinate né efficaci nel perseguire il bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e protezione dei minori⁷⁸⁹. In particolare, i giudici hanno ritenuto il C.O.P.A. non sufficientemente determinato nell'individuazione degli interessi che il Congresso intendeva proteggere a scapito della libertà di espressione e contenente previsioni vaghe e non sufficientemente tassative; inoltre, essi hanno affermato che i convenuti non erano stati in grado di provare che non esistevano misure alternative meno restrittive che potessero essere maggiormente efficaci ai fini di tutelare i minori dall'esposizione a materiali sessualmente espliciti nel *Web* (misure che la corte distrettuale individuava, ad esempio, nei *filter software*).

Secondo la corte distrettuale, il C.O.P.A. finiva per impedire la ricezione da parte degli adulti della gran parte del materiale sessualmente esplicito cui gli stessi possono aver interesse ed hanno comunque diritto di accedere. Pertanto, al fine di evitare di pervenire ad una censura di comportamenti in sé illegittimi, doveva ritenersi preferibile optare per la soluzione della promozione della responsabilizzazione degli individui nella navigazione in Internet.

In data 11 aprile 2007, è stato depositato presso il Senato degli Stati Uniti un nuovo progetto di legge denominato *Cyber Safety for Kids Act 2007*, ancora una volta al dichiarato scopo di garantire una maggior protezione dei minori in Internet rispetto al materiale sessualmente esplicito.

Il nuovo progetto di legge sembra contenere, rispetto alle precedenti normative censurate di incostituzionalità «previsioni più tecniche, ma sembrerebbe reiterare i vizi di vaghezza contestati alle disposizioni legislative precedenti»⁷⁹⁰.

Alla luce delle riferite “vicende” dei diversi provvedimenti legislativi adottati nell'ordinamento statunitense in materia di tutela dei minori su Internet, emergono *prima facie* le profonde differenze di impostazione che caratterizzano l'esperienza

⁷⁸⁹ United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberty Union et al. v. Gonzales*, Civil action No. 98-5591, 22 marzo 2007, accessibile all'indirizzo <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0346P.pdf> e in *Dir. Internet*, 2007, 452 ss., con commento di FALLETTI E., *Internet e pornografia: alla ricerca dell'equilibrio tra protezione dei minori e libertà di espressione*, 454 ss.

⁷⁹⁰ FALLETTI E., *Internet e pornografia: alla ricerca dell'equilibrio tra protezione dei minori e libertà di espressione*, commento a United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 22 marzo 2007, *American Civil Liberty Union v. Gonzales*, in *Dir. Internet*, 2007, 454 ss. e quivi 456.

giuridica statunitense, che riconosce un ruolo assolutamente predominante alla *free speech*, rispetto a quella degli ordinamenti europei, nei quali invece, come si vedrà nel prosieguo, la libertà di manifestazione e comunicazione del pensiero è ritenuta comprimibile in ragione della prevalente necessità di approntare a favore dei minori un'adeguata tutela dei loro diritti fondamentali.

Quanto allo specifico tema della responsabilità dei *provider*, è emerso come negli Stati Uniti si propenda essenzialmente per l'esclusione della sussistenza di una responsabilità, sia penale, sia civile, in capo ai *provider* in relazione agli illeciti commessi da utenti o terzi anche a danno di minori tramite le piattaforme tecnologiche messe a disposizione dai *provider* medesimi, anche per l'assenza della previsione in capo agli ISP di specifici obblighi di sorveglianza sui contenuti; ciononostante deve evidenziarsi come, anche in tale ordinamento, siano stati promosso taluni tentativi nella direzione di una responsabilizzazione dei *provider*, quantomeno nei casi in cui gli stessi siano a conoscenza della commissione dell'illecito.

4.2 La responsabilità dei *provider* nell'ordinamento giapponese

Per quanto riguarda le realtà extraeuropee, risulta di particolare interesse l'esperienza dell'ordinamento giuridico giapponese⁷⁹¹.

In questo ordinamento esiste una norma, l'art. 175 del Codice penale giapponese, che vieta la diffusione di immagini e documenti "osceni". Tale norma dettata in materia di stampa non è stata tuttavia ritenuta applicabile dalla giurisprudenza paese giapponese alle immagini digitali circolanti nel cyberspazio.

Peraltro, anche a fronte della sempre maggior diffusione di Internet, la stessa definizione di "osceno" come motivo di stimolo al desiderio sessuale elaborata dalla Corte Suprema giapponese nel 1951 è andata via via rivelandosi non più attuale e rispondente alle esigenze di tutela dei minori che le comunicazioni per via telematica imponevano di prendere in considerazione.

Questa situazione ha spinto la Camera giapponese ad approvare nel 1999 una legge analoga al CDA statunitense. Tale provvedimento contiene contenente una distinzione

⁷⁹¹ PACIULLO G., *La tutela del minore navigatore in Internet*, in AA.VV., *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di PALAZZO A., RUFFOLO U., Milano, 2002, 215 ss.

tra immagini “oscene” e immagini “pornografiche”, e, mentre vieta la vendita, la distribuzione, la produzione, il possesso ed il commercio di immagini oscene, prevedendo la sanzione della reclusione fino a tre anni o la multa fino a \$24,400 per coloro che violano tale divieto, afferma invece la liceità della diffusione di immagini pornografiche, pur obbligando il mittente ad evitare che le stesse possano essere ricevute da parte di soggetti minori degli anni diciotto.

La legge in commento sancisce inoltre l’obbligo per i *provider* di effettuare un controllo del materiale pornografico che viene diffuso attraverso le piattaforme tecnologiche da esso messe a disposizione degli utenti, e riconnette alla violazione di tale obbligo sia la responsabilità del *provider* sia quella del proprietario del sito.

Tuttavia, ad oggi, non sono individuati né i contenuti né i fondamenti della responsabilità dei *provider*, e neppure è stata elaborata una nuova definizione di “osceno”, cosicché nell’ordinamento giapponese si pongono gravi problemi di applicabilità della legge suddetta del 1999, aggravati dal fatto che la legge giapponese vieta espressamente ai *provider* di intervenire a selezionare le informazioni fornite dai siti Internet e pone a loro carico un generale obbligo di riservatezza sulle informazioni trasmesse, cosicché una selezione può essere operata solo nei casi di accesso del minore alla Rete a pagamento.

Anche recentemente, nel 2008, l’UNICEF ha invitato il Giappone a vietare il possesso di materiale pedo-pornografico e a contrastare la creazione e diffusione di cartoni animati, fumetti e *video-games* che contengano scene di sfruttamento sessuale di minori. L’organizzazione delle Nazioni Unite per la tutela dell’infanzia, ha sottolineato, infatti, che la legge giapponese del 1999 presenta delle scappatoie che ostacolano l’applicazione della normativa (anzitutto, non vieta il possesso di materiale pedopornografico ma solo la sua produzione e distribuzione) e costituisce una grave minaccia per i bambini nel mondo⁷⁹².

⁷⁹² La notizia è accessibile all’indirizzo <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/10/japan>.

4.3 Alcune pronunce giurisprudenziali in materia di responsabilità dei *provider* nel panorama europeo

Un'analisi della giurisprudenza in materia di responsabilità degli ISP non può trascurare di prendere in esame alcune note e significative pronunce che hanno caratterizzato il panorama europeo⁷⁹³.

Si può ricordare, anzitutto, la sentenza della Corte di cassazione federale svizzera⁷⁹⁴ che ha confermato la condanna del direttore generale del Servizio postale, telefonico e telegrafico (PTT) della Confederazione elvetica per concorso a titolo di partecipazione materiale nella diffusione di materiale pornografico a minori di anni sedici, per avere lo stesso concesso ad un'agenzia di attivare e mantenere un servizio di conversazioni telefoniche erotiche nonostante l'invito della Procura cantonale ad adottare misure atte ad impedire la divulgazione attraverso quel servizio – accertata nel corso delle indagini – del materiale pornografico anche a minori. La Corte ha fondato l'attribuzione della responsabilità del direttore generale sulla sua condotta attiva (e non sull'omissione di controllo o dell'intervento richiesto dalla Procura cantonale) per aver mantenuto l'accesso dell'agenzia alla rete telefonica fornendo così l'infrastruttura tecnica per la commissione di fatti criminosi di cui era stato informato e quindi a conoscenza, ritenendo che, ove – come sostenuto dall'imputato – non fosse possibile adottare misure tecniche efficaci atte ad impedire l'accesso dei minori, l'offerta del servizio del telefono erotico al pubblico avrebbe dovuto essere fatta cessare⁷⁹⁵.

Pare opportuno citare inoltre la prima pronuncia di un giudice tedesco in materia di responsabilità di un ISP. In questo caso, il direttore della ditta tedesca di fornitura di accesso e servizi su Internet CompuServe GmbH è stato condannato a due anni di reclusione per aver dolosamente tenuto a disposizione degli abbonati materiali qualificati come “pornografia grave” (rapporti sessuali con minori, animali o violenti) memorizzati in un *newsgroup* su *server* della società madre statunitense CompuServe

⁷⁹³ Sulla responsabilità civile dell'*Internet provider* da un punto di vista comparatistico, v. MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss. e quivi 75 ss.; BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss.

⁷⁹⁴ Tribunal Fédéral Suisse, 17 febbraio 1995, *Rosenberg*, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, 1995, 121.

⁷⁹⁵ PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss. e quivi 385.

Inc., senza impedirne l'accesso, nonché per aver reso colposamente disponibili giochi di contenuto pornografico creati od offerti in altri siti da diversi utenti ma tenuti dalla società madre a disposizione dei clienti, senza impedirne l'utilizzazione tramite idonee misure tecniche ed organizzative ritenute possibili ed esigibili⁷⁹⁶.

Quanto alla giurisprudenza francese, meritano di essere menzionate due pronunce che hanno affermato la responsabilità dell'ISP per mancato controllo dell'accesso alla Rete. La prima volta in cui la *Court d'Appel* di Parigi è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità di un *internet provider* risale al caso Hallyday del 1997, relativo alla diffusione su un sito del *provider* Valentin Lacambre di foto che ritraevano nuda o parzialmente nuda la fotomodella Estelle Hallyday, nuora del *rocker* francese Johnny Hallyday⁷⁹⁷. In relazione a tali foto non autorizzate, la fotomodella aveva sporto denuncia ed il *provider* aveva immediatamente ritirato il materiale pubblicato, rendendo inaccessibile il sito ospitato e così anche impossibile l'accesso al materiale illecito⁷⁹⁸.

Il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi, cui si era rivolta la modella, ha affermato la responsabilità del *provider* per i contenuti illeciti di terzi in particolare per aver omesso di informare il *server* circa l'obbligo di rispettare i diritti dei terzi (in particolare, diritti della personalità, diritti d'autore, marchi) e per aver violato l'obbligo di sorveglianza sui contenuti del sito, ritenendo possibile una sua attività di monitoraggio sul materiale immesso in Rete e l'adozione di misure dirette alla cessazione della trasmissione e diffusione del materiale illecito⁷⁹⁹.

L'appello presentato dal *provider* è stato respinto dalla *Cour d'Appel* di Parigi, che lo ha condannato anche al risarcimento dei danni ed alla pubblicazione del testo della pronuncia su tre riviste a sua scelta, ritenendo tuttavia, diversamente dal *Tribunal de Grande Instance*, che non sussistesse in capo all'ISP un obbligo di controllo sui siti ospitati, e fondando pertanto la sua responsabilità «sul rilievo che l'attività del Lacambre, oltre ad essere remunerativa» e professionale, «a differenza di quanto

⁷⁹⁶ Amtsgericht München, 28 maggio 1998, *Felix Somm*, in *Multimedia und Recht*, 1998, 429 ss.

⁷⁹⁷ Cour d'Appel de Paris, *V. et D. Lacambre c. E. Hallyday*, 10 febbraio 1999, accessibile all'indirizzo http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/illicite_divers/arret_ca_paris_100299.htm e in *Dir. inf.*, 1999, 926 ss., con nota di RICCIO G.M., *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, 929 ss.

⁷⁹⁸ Per uno sguardo di sintesi circa la situazione legislativa e giurisprudenziale francese in materia, v. RICCIO G.M., *Anonimato e responsabilità in Internet*, nota a Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 dicembre 1999, in *Dir. inf.*, 2000, 314 ss. e quivi 318-322.

⁷⁹⁹ Tribunal de Grande Instance de Paris, *E. Hallyday c. V. et D. Lacambre*, 9 giugno 1998, accessibile all'indirizzo https://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=230.

rivendicato dall'appellante, eccede, per il modo in cui si è svolta, il ruolo, meramente tecnico, di trasmettitore di informazioni»⁸⁰⁰.

Il caso esaminato ha avuto peraltro una grande risonanza, in quanto il *provider* condannato ha successivamente reagito arrivando a chiudere i circa cinquemila siti cui forniva ospitalità.

Il 10 febbraio 1999, i giudici francesi si sono trovati nuovamente a giudicare della responsabilità dei *provider*, e, in tale occasione, hanno esteso la responsabilità per la commissione dell'illecito anche in capo al fornitore di ospitalità. Essi hanno in particolare ritenuto che, fornendo tale soggetto una prestazione duratura di stoccaggio delle informazioni, la sua attività quale *host provider* eccedesse la mera prestazione tecnica di fornitura di accesso ad Internet, che limitata consiste nell'assicurare il mero trasferimento dei dati istantaneamente e senza possibilità di controllo del contenuto di ciò che transita attraverso il servizio⁸⁰¹.

Si noti peraltro che, nella pronuncia in esame, i giudici hanno sottolineato che gli *host provider* convenuti non erano tenuti ad una particolare sorveglianza, minuziosa ed approfondita, dei siti cui fornivano ospitalità, e che gli stessi avrebbero pertanto potuto andare esenti da responsabilità semplicemente predisponendo un sistema di ricerca dei siti potenzialmente illeciti utilizzando un motore di ricerca funzionante per parola chiave. L'organo giudicante ha evidenziato altresì come l'obbligo di sorveglianza dell'ISP avrebbe dovuto essere completato da un'attività di costante informazione ai responsabili dei siti ospitati in merito alla necessità del rispetto dei diritti di terzi.

In dottrina, si è osservato come «la pronuncia merita apprezzamento anche per il tentativo di delimitare gli esatti confini della così individuata obbligazione generale di diligenza dei *provider*, fornendo agli stessi operatori paradigmi cui ispirare la propria condotta. Il più generale obbligo di diligenza viene, infatti, specificato in quelli di: informazione, vigilanza e azione ed il giudizio di responsabilità del *provider* viene ad

⁸⁰⁰ RICCIO G.M., *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, nota a Cour d'Appel de Paris, *Lacambre c. Hallyday*, 10 febbraio 1999, in *Dir. inf.*, 1999, 929 ss. e quivi 931.

⁸⁰¹ Tribunal de Grande Instance de Nanterre, *L. Lacoste c. Multimania Production, France Cybermedia S.a.r.l., SPPI S.a.r.l., Esterel*, 8 dicembre 1999, accessibile al sito <http://www.canevet.com/jurisp/991208.htm> e in *Dir. inf.*, 2000, 307 ss., con nota di RICCIO G.M., *Anonimato e responsabilità in Internet*, 314 ss. Il caso riguardava l'attrice francese Lynda Lacoste, che aveva riscontrato la pubblicazione non autorizzata di alcune foto che la ritraevano nuda, scattate quando esercitava la professione di modella, poi abbandonata, in alcuni siti ospitati in Rete anonimamente e senza restrizione di accesso. I *provider* convenuti si erano difesi affermando che il loro ruolo era stato quello di meri intermediari e che avevano svolto la propria attività conformemente ad ogni diligenza richiesta ad un *bon professionnel*.

essere subordinato alla verifica del rispetto di ciascuna di tali categorie di obblighi. L'obbligo di informazione consiste nel rendere edotti i creatori dei contenuti circa l'esigenza di rispetto dei diritti dei terzi ed in particolare di quelli della personalità. L'obbligo di vigilanza, lungi dal consistere in un improponibile obbligo di porre in essere una sorveglianza minuziosa ed approfondita sul contenuto dei siti, viene individuato nell'apprezzamento dei mezzi esigibili da un professionista diligente per eliminare dal proprio *server* i siti il cui carattere illecito è di tutta apparenza. [...] con obbligo di azione deve poi intendersi, secondo la sentenza, quello di bloccare l'accesso al sito non appena pervenga la segnalazione di una lesione. [...] con questa pronuncia, come è stato osservato dalla dottrina francese, si è passati da una fase di pericolosa irresponsabilità dei *provider* (precedente alla sentenza della *Cour d'Appel* di Parigi) ad una di responsabilità *securisante*, che tenta di raggiungere un difficile equilibrio tra l'esigenza di assicurare l'individuazione di un responsabile e quella di non far gravare sui *provider* obblighi effettivamente inesigibili che finirebbero per comportare in capo ad essi una oggettivizzazione della responsabilità assolutamente non giustificabile»⁸⁰².

In Francia, ha avuto inoltre grande rilievo la decisione del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi⁸⁰³ emanata nei confronti di un notissimo *provider* internazionale (Yahoo!), con la quale veniva, tra l'altro, disposto che *Yahoo! Inc.* – società di diritto statunitense – adottasse misure idonee a dissuadere o rendere impossibile la consultazione per proprio tramite di siti aventi ad oggetto la vendita di materiali nazisti o comunque costituenti forme di apologia del nazismo. Nel caso di specie, peraltro, è stato fatto obbligo al *provider* di visualizzare agli utenti un messaggio di informazioni sui rischi connessi alla consultazione di tali siti.

Successivamente a tale pronuncia, in data 21 giugno 2004, è stata promulgata la *Loi pour la confiance nell'économie numérique* di attuazione della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico nell'ordinamento francese. La nuova normativa ha limitato espressamente la responsabilità, civile e penale, del *provider* per materiale pubblicato da

⁸⁰² BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss. e quivi 854.

⁸⁰³ Tribunal de Grande Instance de Paris, *UEJF (Union des Etudiants Juifs de France) et Licra (Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme) c. Yahoo! Inc. et Yahoo France*, 22 maggio 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=300> e Tribunal de Grande Instance de Paris, *UEJF (Union des Etudiants Juifs de France) et Licra (Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme) c. Yahoo! Inc.*, 20 novembre 2000, accessibile all'indirizzo <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=306> e in BUFFA F., *Internet e criminalità*, Milano, 2001, 266 ss.

terzi ai soli casi in cui egli abbia avuto conoscenza effettiva del carattere illecito del materiale e, al contempo, non si sia attivato per cancellarlo.

La nuova legge è stata fortemente criticata dalla dottrina che riteneva vaghe alcune previsioni ed evidenziava come non fosse pensabile ritenere – come invece discendeva dalla *Loi* – che i *provider* fossero in grado di distinguere se un contenuto è illecito o meno.

A seguito di tali censure, la legge attuativa della direttiva comunitaria è stata sottoposta al vaglio del controllo preventivo del *Conseil constitutionnel*⁸⁰⁴. L'organo costituzionale ha emanato un provvedimento di interpretazione restrittiva della legge, in base al quale un ISP non può essere ritenuto responsabile per non aver cancellato materiali segnalati da terzi come illeciti se tali materiali non presentino un carattere manifestamente illecito (pedopornografia, apologia di guerra, atti di terrorismo) o il ritiro degli stessi non sia ordinato dall'autorità giudiziaria⁸⁰⁵.

Una successiva pronuncia del *Tribunale de Grande Instance* di Parigi che, facendo applicazione della nuova disciplina secondo i criteri interpretativi individuati dal *Conseil constitutionnel*, ha statuito che, ai sensi dell'art. 6 della *Loi pour la confiance nell'economie numérique*, l'*hosting provider* non è responsabile delle informazioni diffamatorie diffuse attraverso il *blog* del sito di terzi dallo stesso ospitato, ma è tenuto invece a cancellare i dati archiviati o a rendere impossibile il loro accesso a partire dal momento in cui ha conoscenza del loro carattere manifestamente illecito o nel caso in cui vi sia un ordine del giudice in tal senso⁸⁰⁶.

Del tutto differente è l'esperienza che caratterizza l'ordinamento del Regno Unito, in cui, al di là della responsabilità diretta dell'ISP che rivesta il ruolo di *content provider* (responsabilità per fatto proprio), sono positivamente disciplinate anche le altre ipotesi di responsabilità, cosicché, i casi pervenuti al vaglio dei giudici sono stati risolti secondo tale normativa senza necessità di ricorrere alla creazione giurisprudenziale del

⁸⁰⁴ FALLETTI E., *La responsabilità dell'Internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi*, commento a Tribunal de Grande Instance de Paris, *M.H.P. c. SARL Google France et Google Inc.*, 19 ottobre 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 141 ss. e quivi 146.

⁸⁰⁵ *Décision n. 2004-496*, 10 giugno 2004, accessibile all'indirizzo <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-496-dc/decision-n-2004-496-dc-du-10-juin-2004.901.html>.

⁸⁰⁶ Tribunale de Grande Instance de Paris, *M.H.P. c. SARL Google France et Google Inc.*, 19 ottobre 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 140, con commento a cura di FALLETTI E., *La responsabilità dell'Internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi*, 141 ss.

diritto, come accaduto invece nel sistema statunitense⁸⁰⁷. Si tratta in particolare dell'*Uk Copyright, Designs and Patent Act* del 1988⁸⁰⁸ per le violazioni delle norme poste a tutela dei diritti di proprietà intellettuale, che, sebbene disciplini espressamente le comunicazioni televisive, è normalmente esteso anche alle comunicazioni su rete telematica, e del *Defamation Act* del 1996⁸⁰⁹ per le lesioni dei diritti della personalità, che contiene espressi riferimenti alle attività svolte dai responsabili di sistemi informatici⁸¹⁰.

Le previsioni di entrambe le leggi sono ritenute idonee a fondare una responsabilità extracontrattuale del *provider*, assimilabile alla *contributory infringement* del diritto statunitense.

In estrema sintesi, può dirsi che, in forza del § 24 (2) dell'*Uk Copyright, Designs and Patent Act*, sussiste per il *provider* una responsabilità in via secondaria (*secondary infringement*) qualora sia a conoscenza o sia tenuto a conoscere che la comunicazione effettuata comporta una violazione dei diritti di proprietà intellettuale. «A parte quindi la responsabilità diretta del *provider* nell'illecito, la discriminante per una eventuale responsabilità del *provider* per violazioni commesse da terzi è la loro conoscibilità (*knowledge or reason to believe*). La norma va quindi interpretata nel senso di escludere comunque una responsabilità di tipo preventivo per fatti compiuti da terzi – il *provider* non può essere a conoscenza dell'illecito fintanto che questo non si manifesta – e di introdurre una responsabilità indiretta (*secondary liability*) del *provider* salvo che questi non provi la incolpevole mancata conoscenza dell'illecito»⁸¹¹.

Il *Defamation Act* del 1996, invece, esplicitamente si riferisce al responsabile di un sistema informatico al § 1 (3), disposizione in cui si afferma che una persona non può essere considerata né autore, né editore o responsabile editoriale se coinvolta nella semplice trasmissione in formato elettronico del materiale offensivo o nella gestione del sistema elettronico attraverso il quale il materiale viene cercato, copiato, distribuito e reso accessibile agli utenti. Allo stesso modo un *provider* non può essere considerato

⁸⁰⁷ BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss. e quivi 843.

⁸⁰⁸ Accessibile all'indirizzo http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_1.

⁸⁰⁹ Accessibile all'indirizzo http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960031_en_1.

⁸¹⁰ Cfr. GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23 novembre 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/gattei2.htm>.

⁸¹¹ Cfr. GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, 23 novembre 1998, accessibile all'indirizzo <http://www.interlex.it/regole/gattei2.htm>.

autore o editore o comunque responsabile editoriale, pur essendo il titolare del sistema di comunicazione attraverso il quale la comunicazione offensiva viene trasmessa, nel caso in cui questi non abbia alcun controllo sulle comunicazioni inviate al proprio *server*. In Gran Bretagna si riconosce quindi una responsabilità del *provider* per materiale offensivo prodotto da terzi nel solo caso in cui questi esegua una qualche forma di controllo o di monitoraggio sulle comunicazioni dei propri utenti, ovvero nei casi in cui lo stesso si comporta come responsabile editoriale. Negli altri casi, sulla base del § 1 (3) del *Defamation Act*, il *provider* può sempre ricorrere alla difesa della *innocence dissemination*, che lo equipara ad un semplice fornitore di informazioni, purché non sia a conoscenza del messaggio offensivo ed abbia sempre mantenuto un comportamento diligente.

Nel diritto inglese, pertanto, analogamente a quanto accade nell'esperienza americana, non sembra essere imposto agli ISP un obbligo di sorveglianza sui contenuti creati da terzi e immessi nella Rete, e una responsabilità del *provider* per violazione dei diritti della personalità sembra potersi affermare solo nel caso in cui egli esegua una qualche forma di controllo, monitoraggio o filtraggio dei dati immessi sui suoi *server*⁸¹².

⁸¹² HANCE O., *Internet e la legge*, Milano-New York, 1997, 186.

CONCLUSIONI

Con Internet e le nuove tecnologie, la “tecnica” ha offerto all’uomo e allo sviluppo dell’umanità incredibili possibilità, attuando una rivoluzione copernicana che è stata paragonata a quella della scoperta della ruota.

Internet, nata come strumento militare accessibile a pochi, nel volgere di alcuni anni ha raggiunto una diffusione globale, divenendo la «rete delle reti» e creando un vero e proprio mondo parallelo, il c.d. “*cyberspace*”, realtà “virtuale” che rispecchia, nei suoi diversi aspetti, positivi e negativi, quella “reale”.

La Rete ha la duplice natura di mezzo di diffusione del pensiero e di mezzo di comunicazione e presenta caratteristiche del tutto peculiari, tra cui principalmente globalità, sovranazionalità, trasparenza, globale accessibilità, interattività, multimedialità, immaterialità, a-territorialità, immediatezza, polimorfismo, (parziale) anonimato, confidenzialità, decentralizzazione, assenza di un’ autorità e di un ordinamento giuridico in senso stretto.

La natura e le caratteristiche *sui generis* di Internet hanno messo progressivamente in crisi le tradizionali categorie giuridiche, oltre che quelle economiche, sociali e politiche su cui si fondava la società prima dell’avvento della c.d. “società dell’informazione”, ed hanno posto ai sistemi giuridici molteplici e complesse problematiche di adeguamento sviluppo alla nuova realtà generata dall’informatica e dalla telematica.

Internet e le nuove tecnologie hanno così impresso nuovo impulso all’evoluzione del diritto, stante la necessità – ed anzi, l’urgenza – di un “aggiornamento” della normativa vigente al fine di ri-codificare le nuove modalità dell’agire umano, assicurare alle stesse una tutela giuridica efficace, e garantire al contempo la tutela dei diritti fondamentali della persona umana anche nel *cyberspace*.

Per quanto concerne in particolare l’ambito del diritto penale (tradizionalmente il settore del diritto più strettamente legato alla sovranità nazionale), a fronte dell’emergere e del diffondersi della criminalità informatica, si è dovuto prendere atto, da un lato, della necessità di paradigmi, riti e categorie nuovi, in linea con le continue evoluzioni ed i radicali mutamenti connessi alle nuove tecnologie, dall’altro, della strutturale insufficienza di un intervento di contrasto di tali fenomeni che si svolga a livello

meramente nazionale e della conseguente necessità di un'azione globale e coordinata tra gli Stati.

Tra i molteplici impieghi criminosi della Rete, non vi è dubbio che a destare particolare sconcerto e orrore sia il fenomeno della c.d. “pedofilia telematica”, che va diffondendosi in modo esponenziale su Internet e che coinvolge vittime in sempre più tenera età, assumendo connotati di sempre maggior pericolosità sociale, anche in ragione delle potenzialità offerte delle comunicazioni informatiche e telematiche che in tali casi vengono sfruttate per fini illeciti. Peraltro, la piaga dilagante ormai a livello globale degli aberranti delitti di sfruttamento sessuale dei minori via Internet si affianca e si intreccia ad altre gravissime realtà criminali transnazionali, quali, ad esempio, quelle del traffico di minori, dell'immigrazione clandestina e del turismo sessuale.

Per quanto concerne la categoria dei *cybercrime* a sfondo sessuale commessi a danno dei minori, si tratta di reati che presentano caratteristiche del tutto peculiari e la cui struttura è influenzata in modo determinante o comunque significativo dalle nuove tecnologie. Essenzialmente, tali delitti presentano un carattere sovranazionale ed anzi tendenzialmente universale, sono posti in essere prevalentemente da una pluralità di soggetti, con il frequente coinvolgimento anche di enti (quali, ad esempio, i *provider*) e nell'ambito di organizzazioni criminali che operano a livello internazionale e che hanno imparato a conoscere ed a sfruttare a proprio vantaggio gli strumenti tecnici di cui le nuove tecnologie consentono di disporre.

Di fronte all'allarmante dilagare di tali drammatiche forme di criminalità informatica sulla Rete, si ritiene di dover aderire all'opinione, largamente condivisa, secondo cui anche Internet ed il *cyberspace* hanno bisogno, come il mondo reale, di un diritto, seppur minimo. E, per certo, di un diritto per Internet e per le nuove tecnologie hanno bisogno in particolare i bambini, soggetti in età evolutiva, che da questo *medium* traggono rilevanti elementi per costruire la propria identità, e per i quali Internet deve rappresentare un'eccezionale occasione ed esperienza di formazione, informazione, svago e divertimento, e non invece trasformarsi in una fonte di gravissimi rischi, tali da pregiudicare il loro normale sviluppo psico-fisico mettendo in pericolo la loro stessa vita.

In relazione alla tutela dei minori su Internet, peraltro, si pone la delicata questione di individuare un punto di equilibrio ed un contemperamento tra i contrapposti interessi

che entrano in gioco: da un lato, la necessità di garantire anche nella Rete la piena possibilità di esercizio della libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero, nonché della libertà di impresa, sancite a livello costituzionale, in un quadro di certezza giuridica per operatori ed utenti, e, dall'altro, quella di assicurare, al contempo, un'effettiva tutela di altri beni ed interessi, tra cui, in particolare, la tutela specifica e rafforzata tutela dei minori da ogni forma di sfruttamento sessuale anche per via telematica al fine di garantire appieno il loro diritto ad un'armonica crescita psico-fisica. La questione della protezione "giuridica" da approntarsi da parte degli ordinamenti a tutela dei minori che navigano in Rete rinvia alla più generale problematica della tutela del minore in quanto soggetto dotato di una limitata maturità fisica ed intellettuale e giuridicamente incapace. Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici si è iniziato ad affrontare la questione nel periodo dell'industrializzazione, in quanto strettamente connessa al problema dello sfruttamento dei bambini nel mondo del lavoro. Ma è solo nel XX secolo che si perviene al riconoscimento ai bambini dello *status* di "persone umane", soggetti giuridici titolari di quei diritti fondamentali che la storia aveva loro a lungo negato.

L'idea del minore come soggetto più vulnerabile ed appartenente ad una categoria meritevole di una specifica tutela ha infatti subito nel tempo una progressiva evoluzione sulla scia dei mutamenti socio-culturali che hanno caratterizzato le diverse epoche storiche, costantemente nel senso del riconoscimento della necessità di accordare ai bambini una sempre maggiore protezione, anche a carattere sovranazionale. Negli anni, il minore, da oggetto dei diritti dei genitori, è stato riconosciuto come effettivo titolare di propri diritti e interessi, e la peculiare tutela che si è voluta approntare in suo favore è andata via via rafforzandosi all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali anche grazie al rilevante contributo offerto dai principi fondamentali sanciti in materia dagli accordi internazionali.

L'evoluzione della concezione del minore si è riflessa naturalmente anche sulle misure adottate al fine di tutelarlo dai fenomeni di abuso e sfruttamento sessuale.

Se il primo documento dedicato espressamente ai fanciulli è generalmente individuato nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dalla Quinta Assemblea Generale della Lega delle Nazioni a Ginevra nel 1924, il documento internazionale che per la prima volta contiene una vera e propria proclamazione dei diritti dei bambini, anche dal

punto di vista della protezione delle vittime di abuso sessuale, è rappresentato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, sottoscritta a New York nel 1989 (l'art. 34 di tale convenzione prevede che gli Stati sono tenuti a proteggere il "fanciullo" – definito come ogni soggetto minore degli anni diciotto – «contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale», adottando a tal fine ogni «adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale, per impedire: a) che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi a una attività sessuale illegale; b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali; c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico»).

La Convenzione di New York ha determinato una svolta nel processo di riconoscimento e tipizzazione dei diritti dei minori e della loro tutela anche dall'abuso e dallo sfruttamento sessuale, che è proceduto poi attraverso alcune tappe fondamentali: il Protocollo opzionale alla suddetta Convenzione sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini del 2000; la Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale dello stesso anno; i tre congressi mondiali contro lo sfruttamento commerciale e sessuale dei minori (tenutisi rispettivamente a Stoccolma nel 1996, a Yokohama nel 2001 e a Rio de Janeiro nel 2008), che hanno trattato dell'adozione di misure concrete volte a garantire ai bambini tutte le condizioni necessarie alla loro crescita e allo sviluppo della loro personalità ed elaborato una serie di linee guida per la tutela e la prevenzione degli abusi sessuali sui bambini ed ulteriori linee guida concernenti il contrasto dei fenomeni di sfruttamento sessuale e tratta di minori che gli Stati si sono impegnati ad implementare in attuazione della Convenzione del 1989; la Conferenza internazionale sulla lotta contro la pornografia infantile su Internet, tenutasi a Vienna nell'ottobre del 1999, che ha espresso la condivisa volontà di seguire una politica di "tolleranza zero" per la lotta alla pedopornografia, affermando anzitutto la necessità in materia di una legislazione chiara ed incisiva e di un adeguato apparato esecutivo.

Anche a livello europeo si è avuta una chiara affermazione dei diritti dei bambini, sia con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) (Roma, 4 novembre 1950), sia, più specificamente, con la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (Strasburgo, 25 gennaio 1996),

il cui oggetto è quello di «promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria» (art. 1, comma 2).

Sulla base di tali documenti, le istituzioni hanno prestato via via una sempre maggior attenzione al tema della tutela dei minori, intervenendo in particolare per contrastare i crimini di abuso e sfruttamento sessuale anche via Internet.

Per quanto concerne il Consiglio d'Europa, basti pensare, ad esempio, alla Raccomandazione n. R (2001) 16 sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale, che ha sottolineato l'importanza di una cooperazione internazionale al fine di combattere lo sfruttamento sessuale dei bambini sotto forma di prostituzione, pornografia, schiavitù sessuale, turismo sessuale e traffico di esseri umani, che causa gravi danni alla loro salute fisica e al loro sviluppo psico-sociale, ed al Programma d'azione triennale «Costruire un'Europa per e con i bambini (2006-2008)» che ha portato all'adozione della Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali (Lanzarote, 25-26 ottobre 2007), che rappresenta il primo strumento che qualifica espressamente gli abusi sessuali nei confronti dei bambini come violazioni penali. Inoltre, si deve al Consiglio d'Europa anche il riconoscimento della decisiva rilevanza, in epoca moderna, delle nuove tecnologie nella realizzazione e diffusione dei crimini di sfruttamento sessuale dei minori, tramite l'adozione della Convenzione ETS n. 185 sul *cybercrime* (Budapest, 23 novembre 2001), che rappresenta il primo accordo internazionale riguardante i crimini commessi attraverso Internet o altre reti informatiche, nonché la più avanzata espressione – a livello di fonti giuridiche internazionali – delle nuove esigenze di tutela e disciplina penale indotte dallo sviluppo e dalla penetrazione di Internet e delle connessioni telematiche in genere nei rapporti economici e sociali. In particolare, l'art. 9 della Convenzione, rubricato «*Offences related to child pornography*», premesse le definizioni di “minore” e di “pornografia minorile”, raccomanda agli Stati di introdurre nei rispettivi ordinamenti interni una serie di fattispecie incriminatrici di *cybercrime* a sfondo sessuale commessi a danno dei minori, cui sono riconnesse anche differenziate opzioni di adeguamento da parte degli Stati medesimi in ragione della rilevanza penale del fatto.

Per quanto concerne l'ordinamento comunitario, l'Unione europea, pur non avendo una competenza generale nel settore dei diritti fondamentali e dei diritti dei minori, ha sempre proclamato il proprio impegno per la promozione e la tutela di tali diritti, sia al proprio interno, sia nei rapporti con i Paesi terzi.

In particolare, le istituzioni comunitarie hanno progressivamente rafforzato la lotta al fenomeno dei reati sessuali perpetrati a danno dei minori, e, negli ultimi anni, hanno impegnato o indirizzato gli Stati membri a perseguire le finalità di offrire una sempre maggior protezione ai minori e di individuare strumenti idonei a combattere questi delitti anche quando commessi per mezzo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche tramite l'adozione di numerosi atti, di diversa natura, incentrati su singole e specifiche problematiche. Tra questi, i più rilevanti sono rappresentati dalla Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet, dalla Decisione 2000/375/GAI relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet e dalla Decisione quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, che il legislatore italiano ha inteso recepire nell'ordinamento interno con la Legge 38/2006 e della quale peraltro la Commissione europea ha recentemente proposto la revisione ai fini di un ulteriore potenziamento e miglioramento della tutela. Deve inoltre essere ricordata la Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri del 13 giugno 2002, che ha introdotto un importante strumento processuale che si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri e muove un passo ulteriore nel senso della creazione di un diritto penale europeo. In particolare, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della Decisione quadro, lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile sono stati inseriti nella lista dei reati che danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo – in deroga alla regola generale – indipendentemente dalla c.d. “doppia incriminazione” per il reato, purché nello Stato membro emittente il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà previsto sia pari o superiore a tre anni.

L'azione dell'Unione europea per la prevenzione e repressione dei reati contro i minori si è tradotta principalmente nell'adozione di atti nell'ambito del c.d. “terzo pilastro”, pilastro intergovernativo. Tuttavia, attraverso alcune tappe politiche fondamentali, quali le conclusioni di Tampere del 1999, il Programma dell'Aja del 2005 e, ancora, la

recentissima Comunicazione della Commissione europea «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini» del 10 giugno 2009, l'Unione europea è andata progressivamente elaborando una vera e propria strategia sui diritti dei minori, che si ricollega all'obiettivo primario della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (che ora contempla espressamente, tra le sfide future, la lotta alla tratta di esseri umani, allo sfruttamento sessuale dei minori, alla pedopornografia, e alla criminalità informatica). Peraltro, un'ulteriore tappa fondamentale nel raggiungimento di tale obiettivo si deve al Trattato di Lisbona, recentemente entrato in vigore, che ha abolito la struttura a pilastri determinando la “comunitarizzazione” anche della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (la sola che rimaneva ancora sottoposta al metodo intergovernativo) ed ha reso giuridicamente vincolanti le Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea; il c.d. “Trattato di riforma” viene così a creare la base per una futura azione dell'Unione europea ancora più incisiva ed efficace in materia di promozione e tutela dei diritti dei minori.

Ciò che è emerso con chiarezza dalla nostra indagine è che, sia a livello internazionale, sia a livello comunitario, vi è stata un'evoluzione del concetto di “minore” che ha portato a riconoscere i bambini come portatori di diritti e meritevoli di una specifica tutela ed ha determinato, tra l'altro, l'adozione di misure di varia natura, sempre più stringenti, contro gli aberranti crimini di pedofilia e pedopornografia. È emerso inoltre che la molteplicità di interventi adottati a livello internazionale e comunitario a tutela dei minori e dell'infanzia è andata esercitando una sempre maggior influenza sul diritto penale minorile degli Stati membri; in particolare, essa ha prodotto una costante ed inarrestabile penetrazione degli illeciti enucleati nelle convenzioni internazionali (c.d. “*treaty crimes*”) all'interno dei diritti penali nazionali, mediante il recepimento nell'ordinamento interno – imposto sul piano degli obblighi internazionali – degli obblighi di incriminazione penale e di cooperazione internazionale via via previsti, ai fini di una più efficace repressione penale dei fenomeni criminali aventi natura “globale”. Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, tale circostanza ha anzi indotto a dibattere, già da tempo, in merito alla sussistenza di una vera e propria competenza penale comunitaria ed al suo complesso rapporto con le tradizioni giuridiche nazionali che vedono il diritto penale come irrinunciabile emanazione propria ed esclusiva della sovranità statale.

Venendo all'ordinamento giuridico italiano, solo negli anni Sessanta ci si è avviati verso un pieno riconoscimento dei diritti del fanciullo, l'identificazione di uno statuto di tutela del bambino e la predisposizione di strumenti giuridici atti ad assicurargli sostegno, promozione e recupero anche in caso di difficoltà, nascendone così un embrionale diritto minorile, grazie anche agli impulsi derivanti dal diritto internazionale e comunitario e dall'entrata in vigore della nostra Costituzione, che ha riconosciuto anche ai minori la titolarità di diritti inalienabili.

Per quanto concerne in particolare il minore vittima di reato, è emerso, da un lato, come la tutela penalistica del minore sia costruita su un ampio spettro di fattispecie incriminatrici, allocate in sedi diverse e ciascuna potenzialmente in grado di cogliere solo un profilo della necessaria protezione da assicurare, non essendo stato ancora oggi creato un organico sistema di protezione del minore, e, dall'altro, come vi siano, agli effetti della legge penale, più definizioni di "minore", in quanto, quando il minore d'età è soggetto passivo del reato, è necessario guardare all'età di volta in volta indicata come rilevante dalle singole fattispecie incriminatrici applicabili al caso concreto.

Peraltro, in materia di tutela penale del minore vittima di reato, la legislazione penale più recente ha dovuto confrontarsi anche con le nuove forme di criminalità legate alle tecnologie informatiche e telematiche. Nel *cyberspace*, infatti, hanno progressivamente iniziato a riscontrarsi fattispecie criminose con caratteristiche del tutto peculiari ed inedite, alcune delle quali si ricollegano alle potenzialità tecniche offerte da tali tecnologie (ad esempio, lo *spamming*), altre sono riconducibili alla categoria dei c.d. "reati informatici classici" o "*computer crime*" (ad esempio, il danneggiamento di un sistema informatico), mentre altre ancora sono reati comuni rispetto ai quali la Rete viene a rappresentare l'ambiente in cui sono commessi (ad esempio, la pedopornografia, l'organizzazione di traffico illecito di minori, le organizzazioni terroristiche o mafiose). Si ritiene in particolare che, proprio con la Legge 269/1998, approvata con l'obiettivo di combattere i fenomeni della prostituzione e della pornografia minorili anche a mezzo Internet, si sia dato avvio ad una nuova fase del diritto penale informatico italiano, caratterizzata dalla criminalizzazione dei c.d. "*cybercrime*", ovvero di modalità di offesa «per via telematica», a testimonianza del fatto che la Rete è ormai pacificamente presa in considerazione anche quale mezzo di realizzazione della condotta criminosa, e

non più soltanto – come nell’ambito dei tradizionali *computer crime* introdotti dalla Legge 547/1993 – quale oggetto della condotta medesima.

L’indagine svolta ha evidenziato, peraltro, che l’urgenza di dare una risposta tempestiva alle esigenze di tutela emerse talvolta in modo drammatico in connessione con lo sviluppo tecnologico e la necessità di adempiere agli obblighi di fonte comunitaria e sopranazionale hanno indotto il legislatore italiano ad intervenire per lo più introducendo nuove fattispecie incriminatrici o estendendo l’ambito di applicazione di fattispecie già esistenti, in un quadro settoriale e frammentario, con fattispecie e sanzioni anche scarsamente coordinate tra loro, e pertanto con un risultato repressivo complessivamente insoddisfacente.

La normativa di contrasto dello sfruttamento sessuale dei minori di cui alle Leggi 269/1998 e 38/2006 rappresenta purtroppo un esempio di tale tendenza.

L’esame della normativa anti-pedofilia, che ha introdotto, tra i delitti contro la personalità individuale, le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., ha evidenziato infatti una serie di profili critici, tra cui *in primis* la mancata previsione di definizioni normative di “minore”, di “pedofilia” e “pedopornografia”, di cui si era discusso in sede di lavori preparatori anche alla luce delle indicazioni provenienti da molteplici atti internazionali e comunitari ma su cui non si è trovata un’intesa nel testo definitivo.

Un secondo profilo problematico concerne la collocazione sistematica delle norme e l’individuazione delle oggettività giuridiche criminalizzate. In linea di principio, il bene giuridico finale tutelato è stato individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nello sviluppo dei minori in tutti i suoi aspetti (fisico, psicologico, spirituale, morale, affettivo, sociale, ecc.), al fine di proteggere la formazione dell’intera personalità dei minori contro lo sfruttamento – anche, ma non solo – sessuale a fini commerciali dei medesimi, che li riduce in condizioni analoghe a quelle della schiavitù (ciò, peraltro, pare consentire di predicare l’autonomia dei reati di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. rispetto ai delitti di schiavitù e di precisarne i contorni rispetto ai delitti di violenza sessuale). Tuttavia, in relazione a talune delle fattispecie incriminatrici in commento, risulta difficile affermare la sussistenza di un’offesa ad un bene giuridico e ad un soggetto (minore) in carne ed ossa, tanto che, con riferimento ad esempio alla pornografia virtuale, si parla di “*victimless crime*”. Ciò mette in luce come sia prevalsa

in materia l'opzione politico-criminale di un'estrema anticipazione dell'intervento penale, con previsione di reati-ostacolo o di pericolo presunto (si pensi anche alla criminalizzazione della detenzione di materiale pedopornografico e delle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile).

Altre censure sono state mosse alla tecnica legislativa utilizzata, che, nell'intento di estendere significativamente l'area di punibilità, pecca in molti casi di indeterminatezza, determinando la formulazione di fattispecie incriminatrici in cui sono presenti anche riferimenti a concetti evanescenti ed intenzionalmente vaghi, suscettibili di dar luogo a gravi incertezze interpretative (basti pensare all'art. 600-*quater*.1 c.p.).

Ancora, si è discusso della probabile inefficacia della previsione di un'applicazione tendenzialmente universale della legge penale italiana in forza dell'art. 604 c.p. Se, mediante tale previsione, il legislatore mostra di aver colto la natura "globale" dei delitti di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p., in particolare quando commessi per via telematica, pare tuttavia non aver tenuto in debito conto la circostanza della scarsa praticabilità in concreto dell'opzione prescelta, considerate le molteplici difficoltà che le competenti autorità italiane non possono che incontrare nel perseguire i reati in commento ovunque siano stati commessi.

Parte della dottrina ha fortemente criticato la normativa di contrasto della pedofilia, affermando che, seppur mossa da nobili intenti, avrebbe prodotto una «aberrazione giuridica», introducendo nel nostro ordinamento norme 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. Secondo questa opinione, una tale conclusione discenderebbe in particolare dalla già rilevata mancanza delle essenziali definizioni normative, dalla scarsa determinatezza delle fattispecie incriminatrici, dalla scelta di garantire una tutela assoluta a favore di tutti i soggetti minori degli anni diciotto, dalla mancata previsione di cause di non punibilità (previste invece dalla normativa comunitaria e di cui si era discusso anche nel corso dei lavori preparatori), dalla scarsa attenzione prestata ai profili di garanzia. Per non dover prendere atto dell'illegittimità costituzionale della normativa di cui si tratta, non resta – a parere di questi Autori – che proporre un'interpretazione restrittiva delle fattispecie di cui si tratta tale da ricondurle nell'alveo dei principi fondanti il nostro sistema penale, ed auspicare l'accoglimento di tale interpretazione anche da parte della giurisprudenza.

La normativa di cui alle Leggi 269/1998 e 38/2006 è stata criticata, in particolare, per aver introdotto una disciplina dettata da esigenze generalpreventive e socialdifensive in un'ottica simbolico-performativa di «lotta» al nemico-pedofilo, richiamandosi ad un diritto penale dell'autore anziché del fatto, come testimoniato dall'estrema anticipazione dell'intervento penale, nonché dalla previsione di sistema sanzionatorio severissimo accompagnato da un inasprimento di taluni istituti processuali (deroga alla disciplina dell'arresto facoltativo ed obbligatorio, esclusione dal patteggiamento per determinate ipotesi di reato, mandato d'arresto europeo). Si è osservato, inoltre, che il legislatore, sempre in un'ottica performativo-simbolica, ha finito per attribuire almeno in parte al diritto penale il compito di esorcizzazione il generale senso di insicurezza e la pressante richiesta di un intervento normativo della collettività di fronte ad una “demonizzata” Internet, circostanza che tuttavia non può che riflettersi negativamente sulla complessiva legittimazione ed effettività del sistema penale.

Altra parte della dottrina si è mostrata invece più favorevole alla normativa anti-pedofilia nel suo complesso, pur sottolineando la necessità di individuare, in tale delicata materia, un miglior temperamento tra le esigenze di difesa sociale e la tutela della sfera privata degli individui nell'esercizio legittimo dei loro diritti fondamentali di espressione, informazione, e comunicazione (che hanno trovato in Internet e nelle nuove tecnologie un nuovo fertile terreno in cui realizzarsi e svilupparsi), e, al contempo, di non eccedere nella tutela delle garanzie individuali o privilegiare in qualche modo i diritti degli imputati nei processi per i gravissimi delitti di sfruttamento sessuale che offendono o mettono in pericolo interessi vitali dei minori.

Anche a parere di chi scrive, deve riconoscersi che vi sono almeno tre aspetti dalla normativa in commento che meritano approvazione: la volontà ferma del legislatore di punire l'industria della pedofilia, colpendo ogni fase in cui si articolano i fenomeni criminosi di cui si tratta e spezzando il rapporto domanda-offerta (in tal senso trova, ad esempio, una giustificazione anche l'incriminazione del turismo sessuale); in secondo luogo, la previsione di un sistema a tutela integrata nell'ottica di un intervento ad ampio spettro, che pare l'unica via percorribile per contrastare fenomeni complessi, poliedrici e sfuggenti come quelli della pedofilia e della pedopornografia anche a mezzo Internet; infine, i primi passi mossi nella direzione del contrasto dei crimini in commento anche quando commessi per via telematica, e la ricerca di strumenti giuridici a ciò idonei (si

pensi all'introduzione di talune specifiche misure di contrasto, all'istituzione di nuclei di polizia specializzati, alla previsione di specifici obblighi in capo ai *provider*).

Fermi i limiti ed i profili problematici evidenziati, pertanto, alcune scelte politico-criminali operate dal legislatore e duramente criticate trovano una loro ragion d'essere se valutate in relazione alla dimensione tecnologicamente avanzatissima e globale garantita da Internet ai fenomeni criminosi della pedofilia e della pedopornografia. Peraltro, non pare trascurabile osservare che anche il riscontro offerto dalla prassi mostra come le norme introdotte abbiano assunto un rilievo che va oltre il valore simbolico che ha caratterizzato la loro introduzione, e che è prevalsa in giurisprudenza ed in larga parte della dottrina la condivisione di opzioni ermeneutiche volte a circoscrivere l'operatività delle fattispecie di cui agli artt. 600-*bis* e seguenti c.p. ai fatti realmente offensivi del bene giuridico, anche nel campo delle condotte realizzate per via telematica (si pensi, ad esempio, all'esclusione quasi unanime dall'ambito di punibilità della mera consultazione di siti pedofili via Internet), così risultando almeno in parte smentito il paventato effetto di minaccia alle libertà fondamentali dell'informazione, della comunicazione e della manifestazione del pensiero in Rete che era stato da alcuni ascritto alle norme in commento.

La disciplina introdotta dalla Legge 269/1998, come successivamente modificata dalla Legge 38/2006, ha peraltro consentito di superare definitivamente l'originario approccio alla questione della tutela penale del minore dai *cybercrime* a sfondo sessuale incentrato in sostanza – a dispetto delle istanze promosse a livello internazionale e comunitario – sulla questione della configurabilità di una responsabilità penale dei *provider* in relazione a tali delitti.

La questione della responsabilità penale dei *provider* rimane in ogni caso di primario rilievo e risulta ancora discussa e controversa.

In relazione ai diversi titoli di responsabilità ipotizzabili, la dottrina ha indagato in particolare la percorribilità di un'attribuzione di responsabilità a titolo di omesso impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40 cpv., c.p., nonché a titolo di concorso, in forma commissiva od omissiva, ai sensi degli artt. 110 e seguenti, c.p. nei reati realizzati da terzi sfruttando le piattaforme tecnologiche messe a disposizione dai *provider*, finendo per propendere per la soluzione negativa.

Ad oggi, peraltro, non è stata offerta una soluzione comune e definitiva e difetta altresì una specifica e chiara disciplina di fonte internazionale o comunitaria che possa fornire precise indicazioni al legislatore nazionale.

Pertanto, non si può che auspicare che, in relazione a tale problematica questione, si giunga quanto prima a dettare una disciplina tale da assicurare la certezza del diritto ed evitare possibili pericolose soluzioni giurisprudenziali fondate sull'applicazione analogica in *malam partem* di norme incriminatrici.

Peraltro, *de iure condendo*, risulta necessario riflettere preliminarmente in merito all'opportunità stessa di ricorrere al sistema delle sanzioni penali anziché a quello delle sanzioni amministrative, quantomeno in relazione a taluni degli illeciti suscettibili di essere commessi dai *provider*, e di differenziare i possibili titoli di responsabilità degli operatori su Internet tenendo conto delle diverse sfere di competenza e attività prestate. Ad esempio, la dottrina prevalente ritiene che la mera fornitura di accesso non dovrebbe essere di per sé fonte di responsabilità penale, mentre una responsabilità penale potrebbe individuarsi a carico di quei *provider* che svolgano un ruolo attivo sulla circolazione dei contenuti, partecipando alla formazione, selezione o comunicazione dei messaggi e potendo pertanto essere ritenuti coautori dei contenuti medesimi (come, ad esempio, nel caso dei moderatori di *newsgroup* o *chatroom* o compilatori o aggiornatori di *mailing list*), oppure selezionando i contenuti o fornendo collegamenti privilegiati tramite *link* o pagine *web* che possono agevolare o suggerire la scelta di contenuti illeciti, ovvero ancora riproducendo costantemente sui propri *server* i contenuti medesimi o comunque indirizzando o favorendo la scelta di utilizzare contenuti illeciti.

Sotto diverso profilo, risulta altresì essenziale promuovere la responsabilizzazione degli operatori su Internet, anche tramite l'adozione da parte delle associazioni di categoria di codici di autoregolamentazione che contemplino chiari divieti ed obblighi di controllo e impedimento, senza tuttavia richiedere incombenze troppo onerose e/o difficilmente praticabili. A tal proposito, infatti, l'indagine svolta ha mostrato come sia indispensabile individuare un ragionevole ed equilibrato punto di mediazione tra i contrapposti interessi che vengono in gioco, quali in particolare la tutela di beni giuridici fondamentali costituzionalmente garantiti, la necessità di non comprimere eccessivamente la libertà di comunicazione e manifestazione del pensiero a loro volta costituzionalmente garantite dagli artt. 15 e 21 Cost. ed anzi di consentirne il

mantenimento e lo sviluppo anche per via telematica, l'esigenza di perseguire gli autori di illeciti penali su Internet e la tutela degli interessi economici propri dei *provider*. In altre parole, nella moderna società dell'informazione non si può pensare di configurare in capo ai *provider* ipotesi di responsabilità sostanzialmente di natura oggettiva od obblighi di diligenza eccessivi tali da limitare lo sviluppo di un settore imprenditoriale in forte ascesa, o ancora di penalizzare la posizione degli intermediari che si vedrebbero gravare dell'onere di sopportare non solo i costi di un'eventuale azione giudiziaria ma anche quelli relativi alla messa in opera di sofisticati sistemi tecnici in grado di evitare o prevenire la commissione di illeciti (sistemi di filtraggio, motori di ricerca, ecc.). Una tale situazione, peraltro, avrebbe come conseguenza quella di scaricare i costi sugli utenti oppure di favorire i soggetti imprenditorialmente più forti, andando in ogni caso a ledere le potenzialità di sviluppo democratico connesse alla Rete. Tuttavia, al contempo, si può nemmeno tollerare oltre che coloro che compiono delitti nel *cyberspace* godano in pratica di una generalizzata impunità.

Diviene pertanto fondamentale definire precise regole idonee a garantirne ai *provider* l'esercizio della loro attività e ad assicurare anche una maggior sicurezza agli utenti della Rete, affinché siano garantiti sia il diritto di informare ed informarsi e di sfruttare appieno il mezzo di comunicazione Internet, sia le libertà ed i diritti fondamentali della persona nel *cyberspace*.

In particolare, l'intervento penale in materia di responsabilità dei *provider* dovrebbe caratterizzarsi per la previsione di forme di responsabilità di tipo concorsuale ed evitare di far riferimento a criteri di imputazione soggettiva sfuggenti, tesi a mascherare con ambigue forme di dolo comportamenti che in realtà risultano essere colposi. Diversamente opinando, si rischia che le difficoltà tecniche che si frappongono all'individuazione degli autori degli illeciti penali su Internet finiscano per indurre il legislatore ad individuare sempre nei *provider* – più agevolmente rintracciabili – i soggetti chiamati a rispondere penalmente anche del fatto di terzi, terzi sui quali peraltro gli operatori su Internet potrebbero non essere tenuti o non poter tecnicamente esercitare alcun controllo, con conseguente previsione di ipotesi di responsabilità oggettiva, se non addirittura di posizione.

In conclusione, lo sfruttamento sessuale dei minori per via telematica rappresenta un'ideale cartina tornasole del cruciale processo di "modernizzazione" del diritto penale.

Si tratta, anche nell'ambito del diritto penale, di scrivere nuove e specifiche regole che adeguino il diritto alla mutata realtà, e di aggiornare, ove possibile, quelle vigenti, in un'ottica non in solo interna bensì globale.

I crimini di pedofilia e pedopornografia commessi per via telematica, sulla cui stessa struttura si riverberano significativamente la natura e peculiari caratteristiche delle nuove tecnologie (si pensi alla diffusività a livello globale di tali delitti, alla realizzabilità istantanea e a distanza, alla sovranazionalità, all'incremento della pericolosità derivante dallo sfruttamento delle potenzialità tecnologiche, alle difficoltà inerenti all'identificazione degli autori del reato, alle difficoltà di acquisizione, efficacia e circolazione in ordinamenti diversi delle prove, alle problematiche relative alla determinazione della competenza e della giurisdizione, all'importanza di prevedere obblighi nuovi e specifici penalmente sanzionati e di creare nuove posizioni e sfere di responsabilità in capo a soggetti diversi, primi fra tutti i *provider*) impongono una riflessione e meritano una considerazione specifica sotto il profilo giuridico.

Il diritto penale del terzo Millennio non potrà che concentrarsi sulla massima tutela dell'essere umano, che deve rappresentare sempre il fine ultimo dell'ordinamento giuridico, e dovrà pertanto riuscire ad individuare e fornire i necessari strumenti giuridici anche per il contrasto anche delle nuove forme di criminalità pedofila, organizzata, tecnologica e transazionale. Tuttavia, ciò dovrà avvenire nel rispetto dei principi cardine del nostro sistema penale, *in primis* i principi di sussidiarietà, *extrema ratio*, materialità, offensività, colpevolezza e accertamento e prova in contraddittorio in sede processuale.

Peraltro, un sistema penale che voglia fornire risposte adeguate alle nuove ed aberranti forme di criminalità di cui si è trattato non può arretrarsi su posizioni di difesa della sovranità nazionale, finendo altrimenti per risultare del tutto incapace di fronteggiare la società globale creata da Internet, in quanto ogni tentativo di comprendere o disciplinare giuridicamente la Rete ed il *cyberspace* in ambiti territorialmente definiti appare destinato inevitabilmente a fallire.

L'indagine svolta ha messo in luce, infatti, inequivocabilmente, la necessità di un diritto penale comune dell'Internet, fondato sul massimo livello di cooperazione tra gli Stati.

Alla luce di ciò, si può dire che Internet ed il *cyberspace* abbiano riproposto, con una forza mai sperimentata in passato, il problema dell'unificazione internazionale dei diritti punitivi, che pare ormai indifferibile.

Gli operatori del diritto devono accelerare le riflessioni avviate in tal senso, senza tuttavia consentire che si smarriscano i principi fondamentali del diritto penale, che ne fanno un irrinunciabile strumento di garanzia, prima che di repressione; e ciò tanto più in considerazione del fatto che si tratta il diritto penale dell'Internet sorge come diritto settoriale, disorganico e con due impronte – quali quelle dell'adeguamento agli obblighi internazionali e della natura emergenziale – non scevre di conseguenze.

In tale ottica, nel campo dei delitti di pedofilia e pedopornografia anche a mezzo Internet, risulta anzitutto indispensabile creare fattispecie incriminatrici che contengano definizioni giuridiche omogenee e chiare (si pensi ancora una volta ai concetti di “bambino”, di “pedofilia” e di “pedopornografia”), obiettivo che, valutati i passi avanti compiuti in tale direzione a livello comunitario e internazionale, rappresenta il punto di arrivo di un percorso già avviato ed intorno al quale vi è una diffusa condivisione di intenti nei diversi ordinamenti giuridici.

In secondo luogo, risulta fondamentale imperniare la struttura del reato sull'offesa a beni giuridici costituzionalmente garantiti negli ordinamenti giuridici nazionali e riconosciuti in campo internazionale (nelle più volte citate convenzioni delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa e nelle Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea), al fine di poter attuare scelte politico-criminali ed una giustizia penale fondate sui presupposti di un diritto penale moderno. È indispensabile dunque effettuare una più attenta selezione delle condotte meritevoli di pena, per restituire al diritto penale quel ruolo di *ultima ratio* che deve caratterizzarlo, nella direzione di un diritto che – soprattutto nella Rete – pare dover essere minimo. *De iure condendo*, è auspicabile pertanto che si pervenga ad un nuovo approccio alla specifica problematica del contrasto dei *cybercrime* in linea con le recenti sollecitazioni provenienti dall'ordinamento internazionale e comunitario, che non vada nel senso di una moltiplicazione all'infinito di disposizioni dettate *ad hoc*, bensì nella direzione di una rielaborazione sistematica, nel rispetto del principio di stretta legalità, che potrà

comportare anche la necessità di riformulare alcune categorie fondamentali di diritto sostanziale e processuale su cui si fonda tradizionalmente la struttura e l'accertamento della responsabilità penale (azione, evento, *tempus e locus commissi delicti*, dolo, colpa, partecipazione criminosa, ecc.).

L'intervento del diritto penale dunque, per svolgere la funzione che gli è propria, dovrà focalizzarsi sulla predisposizione di misure idonee a porre freno ai fenomeni criminali contrassegnati da un'alta pericolosità sociale, tra cui certamente vi sono i *cybercrime* a sfondo sessuale commessi a danno dei minori, operando una riflessione in merito alla formulazione delle norme penali, dei sistemi di politica criminale e dei meccanismi di perseguibilità dei reati.

Inoltre, accanto all'armonizzazione dei diritti punitivi sostanziali e processuali nazionali, risulta quanto mai essenziale la promozione di una sempre più stretta collaborazione internazionale, giudiziaria e di polizia, tra gli Stati (attraverso, ad esempio, il rafforzamento dei poteri di Eujust ed Europol, nonché mediante l'istituzione della procura europea).

Anche in relazione al problema della responsabilità penale degli operatori su Internet, pare opportuno procedere ad un'armonizzazione – almeno su scala europea – dei principi di responsabilità dei *provider* per il traffico di informazioni in Rete, obiettivo rispetto al quale un passo significativo è già stato compiuto – quantomeno a livello europeo – con la Direttiva 2000/31/CE. Infatti, per quanto attiene al tema della tutela dei minori su Internet, esistono profonde differenze di impostazione tra gli ordinamenti europei, in cui la libertà di manifestazione e comunicazione del pensiero è ritenuta comprimibile a tutela dei diritti fondamentali dei minori (ad esempio attraverso l'obbligo per i *provider* di cancellare i materiali illeciti immessi sui loro *server*), e, ad esempio, l'ordinamento statunitense, in cui la Corte Suprema è più volte intervenuta affermando l'illegittimità costituzionale di normative dirette a limitare il c.d. "*free speech*" su Internet per garantire la tutela dei minori. E questo dato non può che evidenziare come, in difetto di un'armonizzazione dei diritti punitivi, si corra il rischio di finire anche la collocazione di siti con contenuti illeciti nei Paesi in cui – come avviene, ad esempio, negli Stati Uniti ad opera del Primo Emendamento – vi sia una normativa che protegge in modo assoluto la libertà di manifestazione del pensiero anche a scapito della tutela dei minori. Come si vede, dunque, se il riconoscimento

dell'impossibilità di costruire una generale responsabilità dei *provider* in ordine ai contenuti illeciti immessi attraverso i servizi da essi forniti rinvia all'esigenza di affinare le possibilità tecniche di identificazione e persecuzione degli autori dei reati commessi in Rete, a sua volta il conseguimento di questo obiettivo postula la necessità di individuare a livello internazionale un comune minimo denominatore di illiceità rispetto a specifici fatti, in modo da consentire la loro repressione ovunque essi siano realizzati. Inoltre, è ugualmente fondamentale che si pervenga all'individuazione di criteri omogenei a livello comunitario e, per quanto possibile, internazionale, che disciplinino gli interventi delle singole giurisdizioni e le coordinino, allo scopo di ridurre le difficoltà che si ricollegano alla localizzazione del *locus commissi delicti* in relazione ai *cybercrime* e alla circostanza che i contenuti illeciti possono essere resi disponibili per via telematica su *server* situati in diversi Paesi in cui vigono regole diverse di natura sostanziale, rendendo così inefficaci eventuali interventi posti in essere a livello interno. Probabilmente non vi è una soluzione unica e permanentemente valida ed efficace per il contrasto dei crimini di pedofilia e pedopornografia commessi anche per via telematica, tuttavia, è compito dei giuristi comprendere come i principi giuridici esistenti possano essere adattati e trovare applicazione in questo peculiare campo, e creare inoltre, ove necessario, nuovi modelli atti ad aggiornare ed adeguare le legislazioni penali vigenti ai continui mutamenti del *cyberspace*, alle esigenze della comunità virtuale ed in particolare alla tutela dei minori, nel rispetto degli altri diritti ed interessi che entrano in gioco in relazione alle fattispecie di cui si tratta (libertà di manifestazione del pensiero, libertà di impresa e *privacy*, tra i principali).

È compito dei giuristi individuare strumenti giuridici "globali" al passo con le evoluzioni della tecnologia e della società "globalizzata" per tutelare i bambini, che rappresentano il futuro della società, da ogni forma di sfruttamento sessuale, che è una delle più drammatiche forme di lesione e negazione dei loro diritti, ed in particolare del loro diritto alla libertà, alla sicurezza, ad una crescita protetta, ad un'educazione adeguata e coerente, ad uno sviluppo personale armonico e sereno, alla salute, alla vita.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Il Diritto nel Cyberspazio*, a cura di BRUGALETTA F., LANDOLFI F.M., Napoli, 1999

AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI A., Padova, 2006

AA.VV., *Computer Law*, edito da REED C. e ANGEL J., Oxford, 2003

AA.VV., *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di CASSANO G., CIMINO I.P., Padova, 2009

AA.VV., *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, a cura di CASSANO G., Milano, 2002

AA.VV., *Global Law without State*, a cura di TEUBNER G., Dartmouth, 1998

AA.VV., *I contratti informatici*, a cura di CLARIZIA R., in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P., GABRIELLI E., Torino, 2007

AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI M., DELSIGNORE S., Padova, 2008

AA.VV., *I reati contro la persona, III, I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di CADOPPI, A., CANESTRARI S., PAPA M., Torino, 2006

AA.VV., *Il bambino e la violenza sessuale. Atti del Convegno (Genova 9-10 dicembre 1996)*, Genova, 1997

AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica all'epoca di Internet*, a cura di PICOTTI L., Padova, 2004

AA.VV., *Internet e legge penale*, a cura di AMMIRATI D., Torino, 2001

AA.VV., *Internet e responsabilità giuridiche. Lineamenti, materiali e formulari in tema di diritto d'autore, nomi a dominio, pubblica amministrazione, privacy, reati informatici*, a cura di VACIAGO G., in *Nuove voci del diritto*, serie a cura di CASSANO G., Piacenza, 2002

AA.VV., *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, a cura di CASSANO G., Milano, 2001

AA.VV., *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, a cura di LORUSSO S., MANNA A., Milano, 2007

AA.VV., *La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, a cura di DE CATALDO NEUBURGER L., Padova, 1999

AA.VV., *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, a cura di MESTITZ A., Milano, 1997

AA.VV., *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di PALAZZO A., RUFFOLO U., Milano, 2002

AA.VV., *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, a cura di BERGHÈ LORETI A., Padova, 1995

AA.VV., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di FIORAVANTI L., in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 2001

AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di PEDRAZZI M., Milano, 2004

AA.VV., *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I reati contro le persone*, a cura di COCCO G., AMBROSETTI E.M., Padova, 2007

AA.VV., *Trattato breve di diritto della Rete. Le regole di Internet*, diretto da SIROTTI GAUDENZI A., Rimini, 2001

AA.VV., *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenete le disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di SICURELLA R., Milano, 1997

ABBATE J., *Inventing the Internet*, Cambridge, 1999

ACCINNI G. P., *Profili di responsabilità penale dell'«internet provider»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 977 ss.

ADAMS J.A.M., *Controlling Cyberspace: Applying the Compute Fraud and Abuse Act to the Internet*, in *Santa Clara Computer and & High-Tech law Journal*, 1996, 403 ss.

AKDENIZ Y., *Internet and Child Pornography and the Law, National and International Responses*, Aldershot, 2008

ALCEI (Associazione per la libertà nella comunicazione elettronica interattiva), *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, 19 giugno 2002, <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>

ALESSANDRI A., *Criminalità informatica. Rapporto italiano al "XIII° Congresso internazionale di diritto comparato" organizzato dall'Académie Internationale de Droit Comparé svoltosi a Montreal dal 19 al 24 Agosto 1990*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 653 ss.

ALPA G., *Cyber Law, Problemi giuridici connessi allo sviluppo di internet*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 385 ss.

ALSTON P., *The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child*, 91/2, in *United Nations Bulletin of Human Rights: the Rights of the Child*, 1992, 1 ss.

AMATO G., *Un intervento incisivo nella «sostanza», Incerta l'efficacia probatoria del documento, Contrasto specifico dell'abuso di dispositivi, Danneggiamento perseguibile a querela*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 54 ss.

AMATO MANGIAMELI A.C., *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino, 2000

ANCESCHI A., *La tutela penale dei minori*, Milano, 2007

APRILE E., *È reato "scaricare" da Internet anche poche immagini pedopornografiche, memorizzarle nel proprio computer e poi cancellarle*, nota a Cassazione penale, sez. III, 8 novembre 2007, n. 41067, in *Dir. Internet*, 2008, 61 ss.

ATERNO S., *Non è punibile la mera consultazione via Internet di siti per pedofili senza registrazione di dati sul disco*, nota a Cassazione penale, sez. III, 21 settembre 2005, n. 39282, in *Dir. Internet*, 2006, 53 ss.

BAFILE P., *Lo sfruttamento dei minori nella pornografia: lo stato delle cose e le azioni di contrasto*, in *Iustitia*, 1996, 70 ss.

BALLARINO T., *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998

BALTON D., *The UN Convention on the Rights of the Child: Prospect for International Enforcement*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

BATTAGLIA M.R., *Protezione del fanciullo*, in VITTA E., GREMENTIERI V., *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981

BERLINGERI E., *Google, il video dei bulli e la diffamazione*, 4 dicembre 2006, <http://www.businessonline.it/stampa/4/E-business/1517/considerazione-denuncia-google-video-bullismo.html>

BERMAN J., WEITZNER D., *Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media*, in *Jale Law Journal*, vol. 104, n. 7, maggio 1995, 1631 ss.

BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 5 ss.

BERNARDI A., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 333 ss.

BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1157 ss.

BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 787 ss.

BERNERS-LEE T., *L'architettura del nuovo Web*, trad. it., Milano, 2001

BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Torino, 2008

BERTOLINO M., *La minore età dalla parte della vittima*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di PALIERO C.E., DOLCINI E., I, Milano, 2006

BONELL M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976

BONIFAZI A., MACRÌ C., *Pedofilia: aspetti clinici e psicosociali*, in AA.VV., *Proposte di criminologia applicata*, a cura di SERRA C., Milano, 2002

BORGOGNO R., *La prostituzione «a distanza» in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, nota a Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2005, 3497 ss.

BORGOGNO R., *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, nota a Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2004, 3581 ss.

BORRUSO R., BUONOMO G., CORASANITI G., D'AIETTI G., *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994

BRICCHETTI R., *Per integrare il delitto di sfruttamento non è necessaria la finalità lucrativa*, nota a Cassazione penale, SS.UU., 31 maggio 2000, n. 13, in *Guida dir.*, 2000, 27, 51 ss.

BUFFA F., CASSANO G., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, nota a Tribunale di Napoli, ordinanza del 14 giugno 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 77 ss.

BUFFA F., *Diffamazione on line: problemi di giurisdizione e competenza*, <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7512.pdf>

BUFFA F., *Internet e criminalità*, Milano, 2001

BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 829 ss.

BURKE D.D., *Cybermut and the First Amendment: A Call for a New Obscenity Standard*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 1996, 87 ss.

BURNSTEIN M.R., *Conflicts in the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, 77 ss.

CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 37 ss.

CAIANIELLO V., VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 462 ss.

CALVANESE E., DE AMICIS G., *La rete giudiziaria europea: natura, problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2001, 698 ss.

CAMMARATA M., *Chi deve osservare il codice deontologico degli internet provider?*, 30 aprile 1998, <http://www.interlex.it/regole/codart3.htm>

CAMMARATA M., *Finalmente una decisione sulla responsabilità del provider*, 20 luglio 1998, <http://www.interlex.it/regole/finalmen.htm>.

CAMMARATA M., *Internet, diritto e politica, non c'è da stare allegri*, 2 luglio 1998, <http://www.interlex.it/regole/allegri.htm>.

CAMMARATA M., *Passaggi impegnativi per gli internet provider*, 18 marzo 2002, <http://www.interlex.it/regole/passaggi.htm>

CAMMARATA M., *Tra lotta al crimine e lo spazio di libertà*, 10 ottobre 2002, <http://www.interlex.it/regole/palermo.htm>

CAMPIGLIO C., *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 543 ss.

CANTAGALLI C., *Sulla distinzione fra divulgazione e cessione di materiale pedopornografico nelle comunicazioni attraverso chat line e sulla qualificazione giuridica della trasmissione individuale di tale materiale a più destinatari*, nota a Cassazione penale, sez. III, 7 dicembre 2006, n. 593, in *Cass. pen.*, 2008, 2449 ss.

CAPUZZI L., *La corte suprema degli Stati Uniti tra tutela della libertà di espressione e tutela dei minori*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2003, 605 ss.

CARLÀ F., *Simulmondo. La rivoluzione simulata: dai videogiochi alla finanza democratica*, 2001

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, 2005

CATULLO F., *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2004, 3581 ss.

CATULLO F.G., *Rilevanza penale dell'identità virtuale*, commento a Cassazione penale, sez. V, 14 dicembre 2007, n. 46674, in *Dir. Internet*, 2008, 250 ss.

CENTONZE A., *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008

CERASANI C., *Nota sulla corresponsabilità dei provider per la violazione di segni distintivi su internet*, in *Archivio Ceradi, Luiss*, <http://www.archivioceradi.luiss.it>

- CERETTI C., voce “*Pensiero (libertà di)*”, in *Noviss. dig. it.*, XII, Milano, 1965, 867 ss.
- CERRI A., *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. inf.*, 1996, 785 ss.
- CHERUBINI F., *L’obbligo di interpretazione conforme sconfinata nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, 157 ss.
- CHIOLA C., voce “*Manifestazione del pensiero (libertà di)*”, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 1 ss.
- CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004
- CISTERNA A., *Perquisizioni in caso di fondato motivo, Previsto uno statuto processuale ad hoc*, in *L’Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 64 ss.
- COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss.
- COMANDÈ G., SICA S., *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001
- COMITATO INTERNET E MINORI, *Libro bianco Internet e minori, opportunità e problematiche*, Roma, 2007
- CORASANITI G., *Ipotesi di codice di autodisciplina per la comunicazione telematica*, 31 maggio 1995, <http://www.interlex.it/regole/corasan1.htm>
- CORRERA M., MARTUCCI P., *La violenza in famiglia*, Padova, 1988
- CORRIAS LUCENTE G., *Diritto penale ed informatica: le nuove fattispecie di reato a confronto con l’evoluzione tecnologica e le nuove sfide della criminalità informatica*, in *Dir. inf.*, 2003, 49 ss.
- CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000
- CORRIAS LUCENTE G., *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. inf.*, 2000, 597 ss.

CORRIAS LUCENTE G., *Prime considerazioni in tema di responsabilità penale e gestione dei sistemi informatizzati con particolare riguardo ai sistemi esperti*, in *Dir. inf.*, 1989, 117 ss.

COSTANZO P., *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in *Dir. inf.*, 2000, 657 ss.

COSTANZO P., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 831 ss.

COSTANZO P., *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Probl. inf.*, 1996, II, 183 ss.

COSTANZO P., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, 26 giugno 1997, <http://www.interlex.it/regole/costanz3.htm>

COSTANZO P., voce “*Internet (diritto pubblico)*”, in *Dig. disc. pubbl.*, IV Agg., 2000, 347 ss.

CUCINOTTA A., «*Communications Decency Act*» per indecenza ciberspazio, nota a United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, IV, 23 ss.

CUCINOTTA A., *ACLU c. Reno: il primo emendamento nell'era di Internet*, nota a United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, in *Riv. dir. ind.*, 1997, 296 ss.

CUCINOTTA A., *L'effimera apertura americana del divieto dell'indecenza nel Cyberspazio*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 165 ss.

CUNIBERTI M., GALLUS G.B., MICOZZI F.P., ATERNO S., *Commento alla legge di ratifica della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, luglio 2008, <http://computerlaw.files.wordpress.com/2008/06/commento-budapest.pdf>

CUOMO L., *Cybercrime: esiti delle investigazioni e processo*, relazione all'incontro di studi del Consiglio Superiore della Magistratura "Innovazioni tecnologiche e criminalità informatica", Roma, 26-28 settembre 2007, <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14824.pdf>

CUOMO L., RAZZANTE R., *La disciplina dei reati informatici*, Torino, 2007

DAMATO A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano, Parte I e Parte II*, in *Dir. Un. Eu.*, 2005, 21 ss. e 203 ss.

DE AMICIS G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, 3067 ss.

DE NATALE D., *Pornografia minorile e Internet. Brevi note sui primi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2004, 269 ss.

DE PONTI R., *La prostituzione on line: un concetto controverso*, nota a Cassazione penale, SS.UU., 3 maggio 2006, n. 236, in *Dir. Internet*, 2006, 482 ss.

DE ROSA V., *La formazione di regole giuridiche per il «ciberspazio»*, in *Dir. inf.*, 2003, 361 ss.

DE STEFANI P., *Profili di diritto penale internazionale nella prospettiva dei diritti umani*, in *Quaderni dell'Università di Padova*, 2000, 1, 23 ss.

DELI G.B., *Giurisdizione competente ed illeciti transfrontalieri commessi a mezzo stampa*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, 7 marzo 1995, *Shevill*, in *Dir. inf.*, 1995, 823 ss.

DELL'AQUILA E., *I principi generali della responsabilità nel diritto inglese*, Milano, 1989

DESTITO V.S., DEZZANI G., SANTORELLO C., *Il diritto delle nuove tecnologie*, Padova, 2007

DI CIOMMO F., voce “*Internet (responsabilità civile)*”, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, agg. X, Roma, 2002, 3 ss.

DI CIOMMO F., *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117 ss.

DI CIOMMO F., *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, nota a Court d’Appel di Parigi, 10 febbraio 1999, in *Danno e resp.*, 1999, 754 ss.

DI GIOVINE O., *sub artt. 600-bis – 600-septies c.p.*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di PADOVANI T., Milano, 2007, 3593 ss.

DI LELLO C., *Internet e costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. inf.*, 2007, 895 ss.

DI LUCIANO F., *Lineamenti critici del reato di pedopornografia «virtuale»*, in *Cass. pen.*, 2006, 2627 ss.

DI NUOVO S., GRASSO G., *Diritto penale e processuale minorile*, Milano, 2005

DONATO B., *La responsabilità dell’operatore di sistemi telematici*, in *Dir. inf.*, 1996, 135 ss.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958

FABBRICATORE A., *Caso Pupino: sul riconoscimento dell’efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 640 ss.

FAGGIOLI G., *Computer crimes*, Napoli, 1998

FALLETTI E., *Internet e pornografia: alla ricerca dell’equilibrio tra protezione dei minori e libertà di espressione*, commento a United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 22 marzo 2007, *American Civil Liberty Union v. Gonzales*, in *Dir. Internet*, 2007, 454 ss.

FALLETTI E., *La responsabilità dell'internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi*, commento a Tribunal de Grande Instance de Paris, *M.H.P. c. SARL Google France et Google Inc.*, 19 ottobre 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 141 ss.

FAZZINI M., *Problemi di competenza territoriale e responsabilità del service provider in Internet*, nota a Tribunale di Roma, ordinanza del 22 marzo 1999, in *Annali it. dir. autore*, 1999, 675 ss.

FEDERICI C., *La Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti da parte dei minori*, Pisa, 1999

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, II, I, I delitti contro la persona*, Bologna, 2007

FIORAVANTI C., *I diritti dei minori nella dimensione della cooperazione intergovernativa dell'Unione europea e nelle relazioni con Stati terzi*, intervento al seminario di ricerca sul tema "I diritti umani come sfida allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia", Venezia, 23 gennaio 2004, <http://venus.unive.it/cde/040123FioravantiVE.pdf>

FIORIGLIO G., *Temi di informatica giuridica*, Roma, 2004

FLORA G., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 ss.

FOGLIANI E., *Verso una irresponsabilità oggettiva del provider?*, 1998, <http://www.interlex.it/regole/fogliani.htm>

FOIS P., *Universalismo e regionalismo nel diritto internazionale delle comunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1998, 255 ss.

FORZA A., *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza*, in *Riv. pen.*, 2007, 481 ss.

FRANZONI M., *Le responsabilità del provider*, in *Annali it. dir. autore*, 1998, 248 ss.

FREDIANI V., *Internet provider: responsabilità e casistica*, 23 gennaio 2003, http://www.i-dome.com/docs/pagina.phtml?id_articolo=3362

FREEMAN M.A., *Children's Rights a comparative Perspective*, Dartmouth, 1996

FROSINI V., *Banche-dati e tutela della persona*, Roma, 1983

FROSINI V., *Human Rights in the Computer Age*, in *Dir. Inf.*, 2001, 167 ss.

FROSINI V., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf.*, 2000, 271 ss.

FROSINI V., *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inf.*, 2003, 487 ss.

FROSINI V., voce "*Telematica e informatica giuridica*", in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 60 ss.

FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il ruolo del minore negli Atti del Consiglio d'Europa*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, 601 ss.

GALANTINI N., *L'adattamento del mandato d'arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. pen.*, 2005, 4086 ss.

GALDIERI P., *Internet ed illecito penale*, in *Giur. merito*, 1998, 856 ss.

GALDIERI P., *Sulla detenzione di materiale pedopornografico all'interno del computer*, commento a Tribunale di Brescia, Sez. II, 24 maggio 2004, n. 1619, in *Dir. Internet*, 2005, 59 ss.

GALDIERI P., *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Milano, 1997

GALIMBERTI U., *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999

GATTEI C., *Considerazioni sulla responsabilità dell'internet provider*, 23 novembre 1998, <http://www.interlex.it/regole/gattei2.htm>

GIANNANTONIO E., *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997

GIARDINA F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984

GIBSON W., *Neuromante*, Milano, 2000

GOLDONI, D., *La tutela del minore nei delitti contro la libertà individuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 81 ss.

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989

GRASSO G., *sub art. 110 c.p.*, in AA.VV., *Commentario del codice penale*, a cura di ROMANO M., GRASSO G., II, Milano, 2005, 148 ss.

GRIPPO V., *Libertà di informazione e tutela dei minori su Internet*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 721 ss.

GUBITOSA C., *La storia di Internet*, Milano, 1999

GUERNELLI M., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul cybercrime: considerazioni sostanziali e processuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 753 ss.

HANCE O., *Internet e la legge*, Milano-New York, 1997

HELPER M., *Davvero indeterminato il concetto di pornografia, specie minorile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 622 ss.

HELPER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007

IANNINI A., ARMONE G.M., *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Salerno, 2005

IASELLI F., *L'autotutela dei providers*, 2002, http://studiocelentano.it/editorial/iaselli/240602_2.2.asp

IASELLI M., *La legge comunitaria 2001 in tema di registrazione di testate editoriali telematiche*, 2002, <http://www.studiocelentano.it/editorial/iaselli/110302.asp>

IPERTI F., *La responsabilità dell'internet provider (internet e la legge sull'editoria – la normativa europea – le sentenze di giudici italiani e stranieri)*, [http://www.newLaw.it/Documentazione_internet/Resp.%20int%20provider.html](http://www.newlaw.it/Documentazione_internet/Resp.%20int%20provider.html)

- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001
- IZZO F., *Norme contro la pedofilia. Commento alla L. 3 agosto 1998, n.269*, Napoli, 1998
- JOHNSON D.L., *It's 1996: Do you Know Where your Cyberkids are?*, in *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 1996, I, 51 ss.
- JOLIVALT B., *La realtà virtuale*, trad. it. di ARMANI M.C., Roma, 1999
- JULIÀ-BARCELÓ R., *Liability for On-line Intermediaries: a European Perspective*, in *European Intellectual Property Review*, 1998, 453 e ss.
- KARNOW C.E.A., *The Encrypted Self: Fleshing Out the Rights of Electronic Personalities*, in *The John Marshall journal of computer & information law*, 1994, 13(1), 1 ss.
- KEMPE C.H., *The battered-child syndrome*, in *Journal of the American Medical Association*, 1962
- LA ROSA M., *Minore età e abusi sessuali: punti fermi e questioni aperte nella legislazione penale e nel diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 213 ss.
- LA ROSA M., *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, nota a Cassazione penale, sez. III, 20 novembre 2007, n. 1814, in *Cass. pen.*, 2008, 4169 ss.
- LACOPPOLA V. *La tutela del minore abusato nell'era della globalizzazione*, 2003
- LANNING K.V., *Collectors*, in AA.VV., *Child Pornography and Sex Rings*, edito da BURGESS A.W., Massachusettes/Toronto, 1984
- LANNING, K.V., BURGESS A.W., *Child Pornography and Sex Rings*, AA.VV., *Pornography: Research Advances & Policy Considerations*, edito da ZILLMANN D., BRYANT J., New Jersey-Hillsdale, 1989

LARIZZA S., *Evoluzione del diritto penale minorile*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di PALERMO FABRIS E., PRESUTTA A., Milano, 2002

LIVRAGHI G., *Pericolo: sequestratori in agguato*, 29 giugno 1998, <http://www.interlex.it/regole/pericolo.htm>

LONGHINI P., *Internet nella giurisprudenza*, Milano, 2003

LUPÁRIA L., *Profili processuali*, in *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa, Legge 18 marzo 2008, n. 48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 717 ss.

MAGGIPINTO A., *Reati nella Rete, tutti i nodi da sciogliere. Se il cybercrime mette in crisi il Codice. Dagli illeciti commessi sul web alle fonti di prova "elettroniche"*, in *Dir. giust.*, 2006, 6, 61 ss.

MAGNI S., SPOLIDORO M.S., *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss.

MAGNO T., *Criminalità informatica e Internet*, in *Riv. polizia*, 1999, 536 ss.

MALAVENDA C., *Vietate le partecipazioni televisive se si lede la dignità del ragazzo*, in *Guida dir.*, 2007, 3, 120ss.

MALDONADO T., *Memoria e conoscenza. Sulle sorti del sapere nella prospettiva digitale*, Milano, 2005

MANACORDA S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 789 ss.

MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 55 ss.

MANES V., *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.

MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss.

MANNA A., *Il delitto di usura nella prospettiva comparatistica: diritto penale «interventista» versus diritto penale «neoliberista»?*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 2001, 889 ss.

MANNA A., *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, 855 ss.

MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss.

MANNA A., RESTA F., *I delitti in tema di pedopornografia alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006, 221 ss.

MANNA A., RESTA F., *La riforma della legge sulla pedopornografia. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006, 1 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale, I, I delitti contro la persona*, Padova, 2008

MANTOVANI F., *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma – VIII Congresso italiano della Società italiana di Criminologia*, in *Iustitia*, Siracusa, 1989

MANTOVANI M., *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA G., Padova, 2006

MARANI P., FRANCESCHETTI S., *I reati in materia sessuale*, 2006

MARANI S., *I 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

MARANI S., *Nuovi orientamenti in materia di prostituzione virtuale. Commento a Cassazione penale, sez. III, 21 marzo 2006, n. 346*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34993&idstr=303>.

MARRA G., *La detenzione di materiale pornografico minorile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 410 ss.

MARRA G., *Pornografia minorile: contenuti e limiti di una definizione*, nota a Cassazione penale, sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, 2005, 3872 ss.

MARTINI A., *Commento alla legge 3 agosto 1998, n. 269*, in *Leg. pen.*, 1999, 53 ss.

MARTUCCI P., *La pornografia minorile e i netcrimes. Pedofilia e sfruttamento sessuale dei minori come ultima frontiera della devianza informatica*, in BANDINI T., GUALCO B., *Infanzia e abuso sessuale*, Milano, 2000

MENGGONI E., *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008

MEZZETTI E., *I limiti spaziali della legge penale*, in *Commentario sistematico al codice penale. 1. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da RONCO M., con la collaborazione di AMBROSETTI E.M. e MEZZETTI E., Bologna, 2006

MILITELLO V., *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 365 ss.

MINOTTI D., *Internet e stampa: il punto della situazione*, 3 aprile 2002, <http://punto-informatico.it/144419/PI/Commenti/internet-stampa-punto-della-situazione.aspx>

MINOTTI D., *Perché il “decreto Gentiloni” non piace ai provider*, 28 febbraio 2007, <http://www.interlex.it/regole/minotti12.htm>.

MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?*, 5 maggio 2003, <http://www.interlex.it/regole/minotti8.htm>

MONACO L., *Nota introduttiva al Capo III, Dei delitti contro la libertà individuale*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1648 ss.

MONACO L., *sub artt. 600-bis – 600-septies c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI A., FORTI G., ZUCCALÀ E., Padova, 2008, 1651 ss.

MONTAGNA A., *Il difficile cammino verso un diritto penale europeo minimo*, in *Cass. pen.*, 2007, 805 ss.

MONTECCHI F., *Dal bambino minaccioso al bambino minacciato. Gli abusi sui bambini e la violenza in famiglia: prevenzione, rilevamento e trattamento*, Milano, 2005

MONTELEONE M., *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella L. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Giur. merito*, 2007, 2196 ss.

MONTI A., *Ma demonizzare Internet non serve. Ed è sbagliato*, 18 marzo 2002, <http://www.ictlex.net/?p=369>

MONTI A., *Oscenità in rete: paga sempre il SysAdmin?*, in *Computer Programming*, 51, ottobre 1996, http://www.interlex.it/inforum/a_monti8.htm

MONTI A., *Uno spettro si aggira per l'Europa: la responsabilità del provider*, 12 ottobre 2000, <http://www.interlex.it/regole/amonti40.htm>

MORO A.C., *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002

MORRONE A., *Abuso e sfruttamento sessuale dei minori: tipologia dell'autore e problematiche penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1424 ss.

MUCCIARELLI A., voce "*Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*", in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 372 ss.

MUSACCHIO V., *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale "anti-pedofilia"*, in *Giust. pen.*, 1998, 665 ss.

MUSACCHIO V., *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia via Internet*, in *Riv. pen.*, 2006, 399 ss.

MUSACCHIO V., *Profili di diritto penale comparato sul fenomeno della pornografia minorile*, in *Riv. pen.*, 2002, 863 ss.

MUSACCHIO V., *Sul concetto di prostituzione nella nuova normativa penale contro lo sfruttamento sessuale dei minori*, in *Giur. merito*, 1999, 941 ss.

MUSCO E., *sub art. 110 e art. 114 c.p.*, in AA.VV., *Commentario breve del codice penale*, a cura di STELLA F., FORTI G., ZUCCALÀ G., Padova, 2008, 416 ss.

NATALINI A., *Il download di immagini pedofile non integra il reato di detenzione. E manca anche il dolo "consapevole" se il reo è minorenn*, in *Dir. giust.*, 2004, 22, 69 ss.

NATALINI A., *Il service provider non risponde del sito pedopornografico di terzi. Non esiste la mera responsabilità da link*, commento a Tribunale di Milano, Sez. V penale collegiale, sentenza 25 febbraio – 18 marzo 2004, n. 1993, in *Dir. giust.*, 2004, 22, 60 ss.

NATALINI A., *Quando la prostituzione è on-line. L'affermazione del principio di legalità. Necessaria più che mai una definizione normativa*, in *Dir. giust.*, 2004, 25, 18 ss.

NATALINI A., *Siti civetta: la polizia giudiziaria non può ignorare la notizia criminis. Il ruolo-chiave svolto dagli agenti provocatori*, in *Dir. giust.*, 2004, 22, 71 ss.

NATALINI A., *Stretta contro la pedopornografia in rete. Così Roma si allinea ai dettami della Ue. Minori tutelati, no al patteggiamento allargato per reati sessuali*, in *Dir. giust.*, 2006, 9, 112 ss.

NIGRO M., *Le norme processuali e penitenziarie. Commento a l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 949 ss.

NOVELLINO A., *Il Viminale può chiedere di conservare i dati*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 69 ss.

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982

PADOVANI C., *Il concetto di “utilizzazione” del minore nella videoripresa a contenuto pornografico trasmessa via mms*, nota a Cassazione penale, sez. III, 12 luglio 2007, n. 27252, in *Dir. Internet*, 2008, 55 ss.

PADOVANI T., *Commento all’art. 1 della l. 269/1998*, in *Leg. pen.*, 1999, 53 ss.

PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto di autodeterminazione*, Padova, 2000

PALERMO FABRIS E., *Introduzione al sistema di giustizia penale minorile*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di PALERMO FABRIS E., PRESUTTA A., Milano, 2002

PALLARO P., *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi internet in diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 137 ss.

PARODI C., CALICE A., *Responsabilità penali e Internet. Le ipotesi di responsabilità penale nell’uso dell’informatica e della telematica*, Milano, 2001

PARODI C., *I reati di ingiuria e diffamazione a mezzo Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 882 ss.

PARODI C., *Il ruolo della polizia giudiziaria nel contrasto alla pornografia minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1442 ss.

PARODI C., *Responsabilità dei provider e accertamento degli illeciti telematici*, in *Dir. pen., proc.*, 2002, 1549 ss.

PASCUZZI G., *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, 2002

PATALANO V., *Il ddl anti-pedofilia cerca il consenso, ma «chiede troppo» al diritto penale*, in *Guida dir.*, 1998, 27, 9 ss.

PECCIOLI A., *Le norme penali. Commento a l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 939 ss.

PECORELLA C., *Il diritto penale dell’informatica*, Padova, 2000

PERRI P., *Profili informatico-giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico*, in *Cass. pen.*, 2008, 3466 ss.

PETERSON M.S., DURFEE M., COULTER K., *Child Abuse and Neglect: Guidelines for Identification, Assessment, and Case Management*, Volcano, 2003

PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crimes e reati telematici*, Torino, 1999

PICA G., voce "Reati informatici e telematici", in *Dig. disc. pen., agg.*, Torino, 2000, 521 ss.

PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in Internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 379 ss.

PICOTTI L., *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2003, 259 ss.

PICOTTI L., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 ss.

PICOTTI L., *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, 1196 ss.

PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 501 ss.

PICOTTI L., *Profili di diritto penale sostanziale*, in *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Legge 18 marzo 2008, n. 48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700 ss.

PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 283 ss.

PICOTTI L., voce "Reati informatici", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1999, 1 ss.

- PIOLETTI G., voce "Prostituzione", in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 271 ss.
- PISANI M., *La "penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1979, 5 ss.
- PISTORELLI L., *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 51 ss.
- PISTORELLI L., *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 45 ss.
- PISTORELLI L., *Pornografia minorile*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI D. – MARINUCCI G. (a cura di), Milano, 2006, 4156 ss.
- PITTARO, *Le norme contro la pedofilia, A) le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1222 ss.
- POCAR F., *Verso lo statuto del minore*, in *I diritti dell'uomo*, 1994
- POMANTE G., *Internet e criminalità*, Torino, 1999
- PRICE M.E., VERHULST S.G., *Self-Regulation and the Internet*, The Hague, 2005
- PUGLIESE V., *Il dovere statale di tutela del minore nel diritto secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. pen.*, 2001, 13 ss.
- PUOPOLO G., LIGUORI L., *La direttiva 2000/31/CE e la responsabilità del provider*, 7 settembre 2000, <http://www.interlex.it/ecommm/psglaw3.htm>
- RAFFAELLI R., *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, 781 ss.
- RAMACCI F., *Reo e vittima*, in *Ind. pen.*, 2001, 7 ss.
- RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2008

RESTA F., *Crimini, autori e provocatori: detenzione di materiale pedo-pornografico e attività di contrasto*, nota a Cassazione penale, sez. III, 21 ottobre 2003, n. 904, in *Dir. inf.*, 2004, 239 ss.

RESTA F., *Cybercrime e cooperazione internazionale, nell'ultima legge della legislatura*, in *Giur. merito*, 2009, 2147 ss.

RESTA F., *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giur. merito*, 1046 ss.

RESTA F., *La disciplina acquista maggiore organicità per rispondere alle esigenze applicative*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 52 ss.

RESTA F., *La responsabilità del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, nota a Tribunale di Milano, Sez. V penale collegiale, sentenza 25 febbraio – 18 marzo 2004, n. 1993, in *Giur. merito*, 2004, 9, 1715 ss.

RESTA F., *Paradigmi giuridici e tecnologia digitale*, in *Dir. inf.*, 2003, 579 ss.

RESTA F., *Pedopornografia on-line. Verso un sistema di tutela integrata?*, in *Dir. Internet*, 2007, 221 ss.

RESTA F., *Pornografia minorile: l'anticipazione dell'intervento penale ed il difficile bilanciamento tra interessi*, nota a Cassazione penale, 11 dicembre 2002 - 3 febbraio 2003, n. 4900, in *Dir. inf.*, 2003, 794 ss.

RESTA F., *Virtualità del crimine. Dai reati informatici ai cybercrimes*, in *Giur. merito*, 2006, 102 ss.

RHEINGOLD H., *Comunità virtuali*, Milano, 1994

RICCIO G.M., *Anonimato e responsabilità in internet*, nota a Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 dicembre 1999, in *Dir. inf.*, 2000, 314 ss.

RICCIO G.M., *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, nota a Cour d'Appel de Paris, *Lacambre c. Hallyday*, 10 febbraio 1999, in *Dir. inf.*, 1999, 929 ss.

RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996

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. econ.*, 2004, 1128 ss.

RIONDATO S., *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nota a CGCE Grande Sezione, 16 giugno 2005 (causa C – 105/03)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1178 ss.

RIONDATO S., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia ("influenza", poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1135 ss.

RISTUCCIA R., TUFARELLI L., *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, 19 giugno 1997, <http://www.interlex.it/regole/ristufa.htm>

RIVIEZZO C., *Commento alla 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*, in *Gazz. giur.*, 1998, 33, 7 ss.

RODOTÀ S., *Anche il diritto insegue la società che corre, e cambia*, *Telèma* n. 11, 1998, <http://www.lomb.cgil.it/ext/mai/telema.htm>

RODOTÀ S., *Perché Internet ha bisogno di una carta dei diritti*, 14 novembre 2006, http://www.astrid-online.it/Forme-e-st/Rassegna-s/REPUBBLICA_Rodot-14_11_06.pdf

RODOTÀ S., *Relazione introduttiva al Convegno "Internet e privacy – quali regole?"*, 8 maggio 1998, <http://www.interlex.it/675/rodotint.htm>

RODOTÀ S., *Una Carta dei diritti del web*, 20 novembre 2007, <http://www.privacy.it/rodota20071120.html>

RODOTÀ S., *Una costituzione per Internet*, 20 ottobre 2005, http://www.politeia-centrostudi.org/doc/Selezione/politeia_82%20rodota.pdf

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009

ROMANO B., *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Dir. fam.*, 1998, 1133 ss.

ROSI E., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007

ROSI E., *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato d'arresto europeo: l'UE "lancia il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 377 ss.

RUGGIERO F., *Cyberspazio e diritto penale: il problema del bene giuridico*, in *Riv. pen.*, 2001, 213 ss.

RUGGIERO F., *Individuazione nel cyberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2001, 586 ss.

RUGGIERO F., *Momento consumativo del reato e conflitti di giurisdizione nel cyberspazio*, in *Giur. merito*, 2002, 254 ss.

SALAZAR L., *Commento alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1041 ss.

SALAZAR L., *La cooperazione giudiziaria, investigativa e finanziaria in materia di frodi comunitarie ed altri illeciti lesivi degli interessi finanziari della Comunità europea*, relazione all'incontro di studio sul tema "La protezione degli interessi finanziari della Comunità europea", Roma, 29 novembre 2004, <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/11011.pdf>

SALAZAR L., *La costituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, 114 ss.

SALAZAR L., *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.

SALAZAR L., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel nuovo trattato*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO G., SICURELLA R., Milano, 2008

SAMMARCO P., *Assegnazione dei nomi di dominio su internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, in *Dir. inf.*, 2000, 67 ss.

SAMMARCO P., *Sulla responsabilità del provider*, in *Dir. inf.*, 2000, 78 ss.

SANTORO V., *Mano pesante sul turismo sessuale infantile, Norme antipedofilia. Nasce il delitto di prostituzione minorile*, *Guida dir.*, 1998, 33, 44 ss.

SARTI D., *Il soggetti di Internet*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 27 ss.

SARZANA DI S. IPPOLITO C., *Informatica, internet e diritto penale*, Milano, 2003

SARZANA DI S. IPPOLITO C., *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una "gatta" legislativa frettolosa*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1562 ss.

SARZANA S'IPPOLITO C., *Criminalità e tecnologia: il caso dei "computer-crimes"*, in *Rass. penit. crim.*, 1979, 53 ss.

SARZANA S'IPPOLITO C., *Note sul diritto penale dell'informatica*, in *Giust. pen.*, 1984, 21 ss.

SARZANA SANT'IPPOLITO C., *La Convenzione europea sulla cibercriminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 59 ss.

SAULLE M.R., *La Convenzione di New York sulla tutela dei fanciulli*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1999

SAULLE M.R., *Lezioni di organizzazione internazionale*, Napoli, 1993

SCARPATO G., *Il diritto della Rete*, Napoli, 1998

SELVAGGI E., *Cooperazione giudiziaria veloce ed efficace, Task force operativa 24 ore al giorno*, in *L'Italia si allinea agli indirizzi europei nella lotta ai reati per via telematica*, in *Guida dir.*, 2008, 16, 2 ss.

SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 71 ss.

SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.

SEROTTI L., *Libertà di informazione e libertà informatica*, in *Inf. e dir.*, 1996, 82 ss.

SERRA C., STRANO M., *Nuove frontiere della criminalità. La criminalità informatica*, Milano, 1997

SGUBBI F., voce "Diritto penale comunitario", in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, 89 ss.

SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di internet - II*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1193 ss.

SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 743 ss.

SIEBER U., *The International Handbook on Computer Crime. Computer-related Economic Crime and the Infringements of Privacy*, Chichester-New York, 1986

SIMON G.E., *Cyberporn and censorship: constitutional barriers to preventing access to internet pornography by minors*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1998, 1015 ss.

SPAGNOLETTI V., *La responsabilità dei provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, 1922 ss.

SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia. B) Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, 1231 ss.

STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006

STILO L., *Pedo-business: le origini di un fenomeno di criminalità transnazionale in costante espansione*, <http://www.crimine.info/public/criminologia/articoli/pedo-business.htm>

STRANO LIGATO S., *La tutela del minore nei delitti contro la famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 65 ss.

STRANO M., *Manuale di criminologia clinica*, Firenze, 2003

TANGA A.L., *I vincoli derivanti dal trattato di Budapest e dalle risoluzioni comunitarie: i risultati raggiunti dalla commissione Nordio*, http://www.penale.it/public/docs/articolato_tanga.pdf

TOMMASEO F., *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Famiglia e dir.*, 1999, 583 ss.

TORRANI O., PARISE S., *Internet e diritto*, Milano, 1998

TRAVERSI A., *Il diritto dell'informatica*, Milano, 1994

UNITED NATION INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES TASK FORCE, *Internet Governance: a Grand Collaboration*, New York, 2004

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF JUSTICE . NATIONAL CRIMINAL JUSTICE INFORMATION AND STATISTIC SERVICE, *Computer Crime: Criminal Justice Resource Manual*, Washington, 1979

VALASTRO A., *La tutela penale delle comunicazioni intersoggettive, fra evoluzione tecnologica e nuovi modelli di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 989 ss.

VALASTRO A., *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001

VAN BUEREN G., *International Documents on Children*, Dordrecht, 1993

VAN BUEREN G., *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht Boston London, 1995

VENAFRO E., *Commento all'art. 4 l. n. 269/1998*, in *Leg. pen.*, 1999, 88 ss.

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.

VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1437 ss.

VITERBO A., CODIGNOLA A., *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Dir. inf.*, 2002, 23 ss.

VITERBO A., CODIGNOLA A., *La rete: tecnologia di libertà?*, in *Dir. inf.*, 2003, 219 ss.

WALLACE P., *The Psychology of the Internet*, Cambridge, 1999

WALLACE R.P., LUSTHAUS A.M., KIM J.H.J., *Computer crimes*, in *American Criminal Law Review*, 2005, 42(2), 223 ss.

ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992

ZAINA C.A., *Prostituzione virtuale: sfruttamento è configurabile anche senza il contatto fisico. Commento a Cassazione penale, sez. III, 21 marzo 2006, n. 346*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34117>.

ZANOBETTI PAGNETTI A., *Bilancio e prospettive della protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 586 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, relazione al convegno "Pedofilia e Internet: vecchio ossessioni e nuove crociate", Roma, 27 ottobre 1998, in *Pol. dir.*, 1998, 637 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *I «prodotti editoriali» elettronici nella L. 7 marzo 2001, n. 62*, in *Dir. inf.*, 2001, 153 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *I rapporti fra responsabilità civile e penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf.*, 1999, 1049 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Dir. inf.*, 2003, 89 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 15 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*, nota a United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, in *Dir. inf.*, 1996, 641 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D. Lgs. 70/2003*, in *Dir. inf.*, 2003, 505 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., trad. it. di United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, *American Civil Liberties Union et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States, et al.*, Civil action No. 96-963, 11 giugno 1996, in *Dir. inf.*, 1996, 604 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., trad. it. di United States Supreme Court, *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, appeal from the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Case No. 96-511, 26 giugno 1997, in *Dir. inf.*, 1998, 64 ss.