

Delitti contro la persona

# Tassatività e determinatezza della nozione di «pornografia»: la Cassazione apre al diritto comunitario

Cassazione penale, Sez. III, 22 marzo 2010 (c.c. 4 marzo 2010), n. 10981 - Pres. Onorato - Ric. K.

Il delitto di pornografia minorile è configurabile esclusivamente nel caso in cui il "materiale pornografico", oggetto materiale della condotta criminosa prevista dall'art. 600-ter cod. pen., ritragga o rappresenti visivamente un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica. (In applicazione di tale principio, che si richiama alla nozione di "pedopornografia" di cui all'art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio n. 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, la Corte ha escluso la configurabilità del reato nella condotta di un soggetto che, trovandosi sulla spiaggia, si era limitato a fotografare insistentemente alcuni minori in costume da bagno, in assenza di esibizioni lascive o di atteggiamenti sessualmente allusivi).

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: [www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso](http://www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso)

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Difformi,

Cass., Sez. III, 9 dicembre 2009, n. 8285/10, R., in *Ced Cass.* 246231.

### Il commento di Alessio Scarcella

La Terza Sezione penale della Corte di cassazione affronta, per la prima volta, nella sentenza in commento la delicata questione dell'ambito applicativo del delitto di pornografia minorile, previsto dall'art. 600-ter c.p., oggetto di una travagliata evoluzione normativa che ne ha visto, a più riprese, trasformata la fattispecie originaria. L'assoluta novità della pronuncia, pur nella concisa evoluzione del percorso motivazionale, risiede nell'aver ex professo il Giudice di legittimità affrontato l'interpretazione della «nozione di pornografia», nozione quanto mai sfuggente e sostanzialmente mutuata da discipline extragiuridiche. La Corte, nel delimitare il campo di applicazione del reato in esame, individua quale parametro esegetico di riferimento la nozione di "pedopornografia" di cui all'art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio n. 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, così escludendo la configurabilità del delitto "de quo" in tutti i casi nei quali la condotta posta in essere dal reo non raggiunga un particolare grado di aggressione al bene giuridico oggetto di protezione penale, consistente nella rappresentazione visiva di un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita. Esulano, dunque, dal campo di applicazione della fattispecie tutte quelle condotte che, pur denotando una certa singolarità o che siano altrimenti tali da destare preoccupazione, sono tuttavia prive di implicazioni sessuali. Ciò non significa, però, che le stesse non abbiano rilevanza penale, ben potendo infatti, ricorrendone gli estremi, configurarsi reati di minore gravità ma pur sempre finalizzati alla loro repressione, quale, ad esempio, il reato di molestie (art. 660 c.p.).

### L'art. 600-ter c.p. nell'evoluzione normativa

L'art. 600-ter c.p., rubricato «Pornografia minorile», è una disposizione articolata su di una pluralità di fattispecie incriminatrici autonome tra loro, ma differenziate non solo in base alle clausole di esclusione, contenute nel terzo e quarto comma della norma, ma anche dalla descrescente gravità della risposta sanzionatoria contemplata dal legislatore per le ipotesi in esame. La disposizione in esame, com'è noto, venne introdotta dall'art. 3, della l. 3 agosto 1998, n. 269 (1), successivamente modificata dall'art. 2 della l. 6 febbraio 2006, n. 38 (2). La l. 3 agosto 1998, n. 269, in particolare, introduceva per la prima volta nel codice penale un innovativo sistema di fattispecie incriminatrici ispirate ai principi sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 (3). In particolare, l'art. 34 della Convenzione impegnava gli Stati aderenti a proteggere «il fanciullo» da ogni forma di violenza e sfruttamento sessuale, ivi compresi lo sfruttamento dei minori a fini di prostituzione o di «produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico». (4) Ne è seguita, a distanza di qualche anno - ed al fine di recepire quanto sancito dalla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, adottata il 31 agosto 1996 - (5) l'attuale normativa finalizzata a tutelare i fanciulli «contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale», da intendersi quale «obiettivo primario» perseguito dal nostro Paese (art. 1, l. n. 269 del 1998), il tutto mediante la repressione di una serie comportamenti ritenuti in grado di attentare all'integrità di tali beni.

Il legislatore ha, in particolare, inserito le nuove fattispecie nella sezione I del capo III del titolo XII del libro secondo del codice penale, ovvero nel Titolo della parte speciale dedicata ai delitti contro la persona e, segnatamente, nella Sezione relativa ai reati contro la personalità individuale, subito dopo l'art. 600, così esplicitando la *ratio* dell'intervento normativo sin dal titolo della legge, dove sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale in danno dei minori vengono definiti come «nuove forme di riduzione in schiavitù».

In adesione ai principi ispiratori della Convenzione sui diritti del fanciullo, il legislatore ha ritenuto dunque che ogni forma di sfruttamento sessuale del minore comprometta in maniera grave il suo sviluppo psicofisico, come del resto confermato anche

dalla giurisprudenza di legittimità. Ed invero, le stesse Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione nel qualificare come reato di pericolo concreto il delitto di pornografia minorile di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p., hanno precisato che, attraverso tale fattispecie incriminatrice, l'ordinamento appresta una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo quei comportamenti prodromici che, anche se non necessariamente a fine di lucro, ne mettono a repentaglio il libero sviluppo personale con la mercificazione del

#### Note:

(1) L. 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» (G.U. n. 185 del 10 agosto 1998), in vigore dall'11 agosto 1998.

(2) L. 6 febbraio 2006, n. 38, recante «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet» (G.U. n. 38 del 15 febbraio 2006), in vigore dal 2 marzo 2006.

(3) L. 27 maggio 1991, n. 176, recante «Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989» (S.O. n. 35 alla G.U. n. 135 dell'11 giugno 1991), entrata in vigore il 12 giugno 1991.

(4) Per un primo commento alla l. n. 269 del 1998 ed alla successiva novella del 2006, si rimanda senz'altro alla lettura dei contributi di Politi, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: l. 3 agosto 1998 n. 269 - commento giuridico ed indirizzi operativi per le forze di polizia*, Roma, 1998; Delsignore - Bianchi, *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008; Bartolo - Coppi, *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007; Izzo, *Norme contro la pedofilia: commento alla l. 3 agosto 1998, n. 269*, Edizioni giuridiche Simone, 1998; Alfonso, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenne*, Padova, 2004; S. Aprile, *I delitti contro la personalità individuale: schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, Padova, 2006; Cadoppi - Veneziani, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002; Martini, *Commento all'art. 3 l. n. 269/1998*, LP 1999, 73; Patalano, *Il DDL anti-pedofilia cerca il consenso, ma "chiede troppo" al diritto penale*, Gdir 1998, n. 27, 9; Pittaro, *Le norme contro la pedofilia. Le norme di diritto penale sostanziale*, in questa Rivista, 1998, 1222; Riviezzo, *Commento alla l. 3 agosto 1998, 269*, GG 1998, 33, 6; Romano, *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, DFam 1998, 1543; Santorò, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, Gdir 1998, n. 33, 46.

(5) Alla dichiarazione è allegato il Programma d'azione contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali, che, al par. 4, enuncia le varie forme di tutela ed impegna gli Stati, tra l'altro, a introdurre norme che sanzionino anche il possesso di materiale pornografico infantile. Infine, l'Azione comune adottata il 24 febbraio 1997 dal Consiglio dell'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, nell'intento di stabilire regole comuni e migliorare la cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri, allo scopo di rendere più efficace la lotta contro le organizzazioni criminali internazionali dedite ad ogni forma di sfruttamento sessuale dei bambini, prescrive l'obbligo di prevedere sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» per le varie ipotesi criminose connesse a tale sfruttamento, fatta eccezione, però, per le condotte di mera detenzione di materiale pornografico.

suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia. (6)

La fattispecie penale incriminatrice, come oggi disciplinata dall'art. 600-ter c.p., prevede due distinte ipotesi delittuose. La prima, sanzionata dal comma primo, sanziona con la medesima pena non solo «Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche», ma anche «chi fa commercio del materiale pornografico» di cui sopra. La seconda, invece, mira a reprimere quelle condotte che, fuoriuscendo dal campo di applicazione delle precedenti, mirano a ledere il bene giuridico sotteso alla tutela penale mediante l'attività di «Chiunque..., con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga, diffonde notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto». Ultima fattispecie presa di mira dal legislatore, è quella consistente nell'offerta o cessione ad altri, anche a titolo gratuito, del materiale pornografico di cui sopra. Il legislatore del 2006, infine, in sede di modifica della disposizione in esame, ha introdotto un'aggravante ad effetto speciale prevedendo, in particolare, un aumento della pena «in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità», escludendone tuttavia l'applicazione ai fatti contemplati dal comma primo.

Le ragioni delle modifiche legislative apportate dal legislatore del 2006 all'impianto normativo del 1998 che aveva condotto all'introduzione della nuova fattispecie codicistica sono ben evidenziate nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di modifica: da un lato, la necessità di accentuare la vocazione delle norme vigenti a soddisfare le esigenze di prevenzione generale e, dall'altro, l'opportunità di colmare alcune lacune, evidenziatesi in sede applicativa, nell'impianto originario della l. 3 agosto 1998, n. 269. A queste due fondamentali esigenze che condussero alla novella del 2006, peraltro, se ne affianca una terza, ossia quella di soddisfare le linee guida in materia di repressione della pedopornografia espresse nella decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003. Tale esigenza è, dunque, alla base delle modifiche normative ed è visibile con evidenza nell'esame del complesso impianto della novella del 2006, ispirata ai principi sanciti nella richiamata decisione quadro. (7)

## L'art. 600-ter c.p. e l'indefinito concetto di "pornografia"

Uno dei limiti evidenti della fattispecie penale incriminatrice riguarda la mancata definizione del concetto di "pornografia", non avendo provveduto né il legislatore del 1998 né quello del 2006 a definirne la nozione. Si tratta, in particolare, di una lacuna che già in passato aveva generato qualche incertezza interpretativa, come evidenziato dalla dottrina. (8) La mancata definizione del concetto di "pornografia", peraltro, appare il frutto di una consapevole scelta del legislatore, piuttosto che una dimenticanza. Ed invero, non soltanto nella relazione al disegno di legge, ma anche dall'esame dei lavori parlamentari, si era evidenziato come la scelta di non definire il concetto di "pornografia" fosse il frutto dell'estrema difficoltà di elaborarne una nozione astratta, prescindendo dal contesto e dal profilo concreto dei comportamenti di volta in volta consumati. Tale scelta, pur in astratto condivisibile, lasciava tuttavia aperto il problema definitorio, la cui soluzione non era evidentemente fine a se stessa, quanto, piuttosto, essenziale ai fini della corretta perimetrazione del campo applicativo della nuova fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p., trattandosi di un

### Note:

(6) Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, P.M. in proc. B., in *Ced Cass.* 216337, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 427, con nota di Marra *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle sezioni unite*.

(7) Dotta caratteristica risulta, infatti, evidenziata dalla dottrina in sede di prima lettura delle modifiche normative, che, sul punto, evidenziava come "Più in generale, l'impianto della novella rivela la volontà del legislatore di anticipare ulteriormente la già avanzata soglia della rilevanza penale stabilita in questa materia dalla l. n. 269/1998", pur manifestando perplessità "il fatto che il legislatore abbia limitato il proprio intervento all'implementazione dello strumentario repressivo, senza operare distinzione alcuna - se non quella determinata dalla diversa commisurazione delle cornici edittali di pena previste per le rispettive condotte - tra sfruttatori della prostituzione minorile, produttori di materiale pornografico a fine di lucro e "consumatore" di sesso minorile. Non già, ovviamente, perché questi ultimi non costituiscano un "pericolo" o non siano fonte di un giustificato allarme sociale, quanto, piuttosto, perché l'elevata recidività dei comportamenti pedofili, anche in chi ha scontato pene detentive, evidenzia l'ineadeguatezza della risposta carceraria, quantomeno se non accompagnata anche da adeguati programmi terapeutici. Ad ogni buon conto, se in alcuni l'ulteriore anticipazione della soglia di penale rilevanza ha certamente reso più impalpabile il collegamento tra condotte incriminate e bene giuridico tutelato, non v'è dubbio che anche nella nuova formulazione le norme incriminatrici configurate negli artt. 600-ter e seguenti mirano tuttora a tutelare la libertà individuale dei minori" (Pistorelli, *sub art. 600-ter c.p.*, in *Commentario al codice penale* (a cura di Marinucci-Dolcini), Milano, 2006, 4151 ss.).

(8) Martini, *Commento all'art. 3 l. n. 269/1998*, op. cit., 76; Monaco, in *CB*, art. 600-ter, 1957; Antolisei, *PtS II*, 169.

elemento normativo della fattispecie di carattere extragiuridico. Ed allora, in assenza di un ausilio diretto all'interprete da parte del legislatore, il primo tentativo non può che essere diretto a ricavare dal sistema indicazioni esegetiche rinvenibili in disposizioni incriminatrici già conosciute. Una di queste, ad esempio, è quella contemplata dall'art. 528 c.p. che, sotto la rubrica «Pubblicazioni e spettacoli osceni» sembrerebbe poter essere utilizzata per fornire una definizione qualificatoria del concetto di "pornografico", in quanto assimilabile a quella di "osceno". Come tuttavia è stato evidenziato dai primi commentatori della l. n. 269 del 1998, in realtà "che i due termini siano stati utilizzati come sinonimi è tutt'altro che scontato (e ciò a prescindere dai rapporti intercorrenti tra gli stessi nel linguaggio comune, dove per pornografia si intende generalmente la rappresentazione dell'oggetto osceno allo scopo di stimolare eroticamente lo spettatore)". (9) Ad una più attenta analisi, infatti, si è correttamente posto in evidenza come "la libertà dei minori è interesse affatto differente dal pubblico pudore, oggetto della tutela offerta dalla norma da ultima menzionata, tant'è che né la l. n. 269/1998, né la l. n. 38/2006 hanno riproposto una disposizione analoga a quella di cui al secondo comma dell'art. 529 in relazione all'opera d'arte e a quella scientifica: invero la necessità di tutelare l'integrità fisica e psicologica dei minori porta ad escludere che il loro sfruttamento sessuale possa in alcun modo essere giustificato da finalità di ricerca artistica o scientifica". (10) Quanto sopra evidenziato, conferma le difficoltà di inquadramento della nozione di "pornografia", come del resto è possibile rinvenire nella stessa giurisprudenza di legittimità, soprattutto nel passato incline ad utilizzare l'aggettivo "pornografico" come sinonimo di "osceno", donde la necessità di attribuire un contenuto autonomo al primo, in assenza di ausilio legislativo. (11) Sotto tale profilo, infatti, non appare chiaro quale sia il limite oltre il quale gli atti sessuali attivi o passivi (ovvero compiuti dal minore o sulla sua persona ovvero a cui egli è costretto ad assistere), una volta documentati, costituiscano un prodotto pornografico, il che, in altri termini, significa risolvere il problema se il documentare un atto a sfondo sessuale, tra i cui protagonisti vi sia almeno un minore, di per sé possa o meno qualificarsi come "pornografico". Orbene, come acutamente evidenziato dai primi commentatori della riforma, tenuto conto dell'impronta rigoristica che permea di sé il complessivo impianto normativo che ebbe ad introdurre la nuova disposizione dell'art. 600-ter c.p., "sembra in ogni caso preferibile ritenere che il legi-

slatore abbia voluto far riferimento al materiale il cui contenuto sia comunque idoneo ad eccitare la sensibilità sessuale degli utenti, riferimento che meglio consente di evidenziare come il minore venga utilizzato come strumento nella produzione del succitato materiale". (12) Tale conclusione, tuttavia, a ben vedere, risolve solo parzialmente il problema della definizione di "pornografia", in quanto non contribuisce a determinare in maniera sufficientemente chiara il perimetro di applicazione della fattispecie di pornografia minorile (in particolare, perché così non consente di individuare la soglia minima di ciò che può essere ritenuto "pornografico"), né fornisce la possibilità di separare in maniera altrettanto definita gli autonomi concetti di "osceno" e "pornografico". (13) Appare, dunque, evidente che l'assenza di un ausilio interpretativo da parte del legislatore, si risolva in un deficit di tassatività della fattispecie penale, posto che affidare al personale gusto dell'interprete il compito di riempire di contenuto il concetto di "pornografico" - riferito al materiale la cui produzione (comma 1), commercializzazione (comma 2) o distribuzione, divulgazione, diffusione o pubblicizzazione (comma 3) - può portare a "pericolose" derive applicative che la struttura "aperta" delle relative fattispecie consente, con il rischio di applicazioni estensive che trascendano la stessa volontà del legislatore. Si tratta, all'evidenza, di un rischio "calcolato" e, nel contempo, assai diffuso per le fattispecie di pura creazione legislativa, nelle quali le esigenze di prevenzione permeano in maniera così pregnante il connotato normativo "da

#### Note:

(9) S. Aprile, *I delitti contro la libertà individuale*, op. cit., 184.

(10) Cadoppi - Veneziani, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 501 e 547.

(11) Nel senso che la pornografia sia termine più ristretto di quello di oscenità, si era espressa la giurisprudenza di legittimità a proposito della fattispecie di cui all'art. 529 c.p. In particolare, si definiva la pornografia come la descrizione o illustrazione di soggetti erotici, mediante scritti, disegni, discorsi, fotografie, ecc., idonei a far venir meno il senso della continenza sessuale e offensivi del pudore per la loro manifesta licenziosità. Il concetto di pornografia, dunque, per tale giurisprudenza, è da ritenersi compreso in quello più ampio di oscenità, la quale si obietta in fatti che offendono in modo turpe e grave il senso della riservatezza che deve presiedere alle manifestazioni sessuali (Sez. III, 6 novembre 1970, n. 1197/71, B., in *Ced. cass.* 116647).

(12) V., per questi rilievi, Pistorelli, *sub art. 600-ter c.p.*, op. cit., 4151 ss.

(13) A ciò si aggiunge, come acutamente evidenziato dalla dottrina, che «sviluppando tale spunto dovrebbe poi inevitabilmente concludersi che la nozione di pornografia presupposta dal legislatore abbia un indubbio contenuto "soggettivo", quando, invece, la stessa incriminazione all'art. 600 quater della condotta di mera detenzione sembra dimostrare proprio il contrario» (Martini, *Commento all'art. 3, l. n. 269/1998*, op. cit., 79).

allontanare sensibilmente le condotte selezionate per l'incriminazione dalla soglia effettiva della lesione dei beni tutelati". (14) Altra dottrina, invero, ha ben sottolineato come "in nome di una tutela assoluta e incondizionata del minore, il legislatore rischia in realtà di comprimere alcune libertà costituzionali, quali il diritto alla *privacy*, intervenendo in un settore ove il soggetto non lede né pone altriimenti concretamente in pericolo i beni di altri soggetti" (15), di tal che appare evidente - per la medesima voce dottrinale - come "l'eccessiva distanza delle condotte sanzionate rispetto al bene giuridico di riferimento «disvela come, in realtà, tale incriminazione sia funzionale alla mera repressione (o stigmatizzazione) della *Gesinnung* dell'autore. Incriminandosi, cioè (...) un mero *vicious behaviour*, l'atteggiamento interiore e la condotta di vita dell'autore, si confonde il peccato con il reato». (16)

L'importanza, peraltro, di fornire una definizione "selettiva" della disposizione in esame, (17) si rende maggiormente pressante laddove si consideri gli effetti sostanziali e processuali che dal delitto di pornografia minorile (e, in generale, tutte le fattispecie penali riconducibili al concetto di "pornografia") il legislatore fa derivare. A tal proposito, si ricorda come: a) le fattispecie incluse nell'art. 600-ter sono state inserite dall'art. 5 della l. 11 agosto 2003, n. 228 nel catalogo dei cosiddetti «reati presupposto» della responsabilità amministrativa da reato degli enti, configurata dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a seguito in particolare dell'inserimento dell'art. 25-*quiquies*; (18) b) le risorse del Fondo per interventi in favore dei minori vittime di abusi o di sfruttamento sessuale sono destinate per due terzi al finanziamento di progetti riconducibili a specifici programmi di prevenzione, assistenza e recupero psicoterapeutico dei minori vittime, per quanto qui di interesse, del delitto di cui all'art. 600-ter, c.p.; (19) c) il recente provvedimento clemenziale di indulto non si applica, tra le altre fattispecie, a quella (punto 15) di pornografia minorile "anche nell'ipotesi prevista dall'articolo 600-*quater*.1 del codice penale"; (20) d) tra le qualità morali richieste alle persone che dirigono gli enti che possono occuparsi delle adozioni internazionali di minori e che operano al suo interno o vi prestano collaborazione, vi è - per quanto qui di interesse - l'insussistenza di sentenze di condanna, ancorché non definitive, o di patteggiamento, per il delitto di cui all'art. 600-ter, 600-*quater*, c.p.; (21) e) tra i reati attribuiti all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, vi rientra il delitto di pornografia minorile

(art. 51, comma 3-*quiquies*, c.p.p.); (22) f) nel caso in cui il delitto di pornografia minorile è commesso in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale, si applica l'aggravante ad effetto speciale (aumento da un terzo alla metà della pena base) prevista dall'art. 36, comma 1, della l. 5 febbraio 1992, n. 104; (23) g) tra i reati per i quali è ob-

#### Note:

(14) Così, Pistorelli, *sub art. 600-ter c.p., op. cit.*, 4151 ss.

(15) Manna, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 51.

(16) Manna, *La delinquenza sessuale: profili relativi all'imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, 878. Sulla pedofilia in generale e sui rapporti tra questa e l'abuso sessuale in danno di minori, vedi, di recente, Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004. Sulla detenzione di materiale pornografico minorile nell'esperienza statunitense, v. Marra, *La detenzione di materiale pornografico minorile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 410.

(17) Nel senso che sull'intera disciplina aleggi l'assenza della definizione di «pornografia», autorevole dottrina evidenzia come pur essendo innegabile che "il concetto presenta un nucleo di indiscutibile chiarezza", è altrettanto vero che "i suoi confini sono - come regolarmente accade per i concetti a forte gradiente etico-morale - inevitabilmente incerti «...sicché appare evidente come "un intervento normativo avrebbe potuto almeno ridurre l'ampiezza della zona d'ombra, per evitare il rischio, incombente soprattutto nel caso della pornografia minorile, che lo zelo travalichi lo scopo di tutela", apparendo altamente significativo l'interrogativo finale: "Le fotografie, non precisamente castigate, che Lewis Carroll scattava a efebiche adolescenti potrebbero determinare anche oggi la sua incriminazione. Probabilmente (?) sarebbe assolto, alla fine; almeno si spera. Ma una buona legge non è solo quella che evita condanne ingiuste; è soprattutto quella che evita i processi inutili"» (Così) Padovani, *Dieci anni di lotta alla pornografia minorile tra realtà virtuale e zone d'ombra*, in *Gdir*, 2009, n. 1, 12).

(18) L. 11 agosto 2003, n. 228 (recante "Misure contro la tratta di persone", in G.U. n. 195 del 23 agosto 2003), in vigore dal 7 settembre 2003.

(19) V., D.M. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 13 marzo 2002, n. 89 ("Regolamento concernente la disciplina del fondo di cui all'articolo 17, comma 2, della l. 3 agosto 1998, n. 269, in materia di interventi a favore dei minori vittime di abusi, a norma dell'articolo 80, comma 15, della l. 23 dicembre 2000, n. 388", in G.U. 10 maggio 2002, n. 108).

(20) V., art. 1, comma secondo, lett. a), n. 15, l. 31 luglio 2006, n. 241 (recante "Concessione di indulto", in G.U. 31 luglio 2006, n. 176), in vigore dal 1 agosto 2006.

(21) Art. 11, comma primo, lett. b), d.P.R. 8 giugno 2007, n. 108 ("Regolamento recante riordino della Commissione per le adozioni internazionali", in G.U. 25 luglio 2007, n. 171), in vigore dal 9 agosto 2007.

(22) Norma introdotta dall'art. 11, comma primo, l. 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", in S.O. n. 79 alla G.U. 4 aprile 2008, n. 80), applicabile solo ai procedimenti iscritti nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. successivamente al 26 luglio 2008, data di entrata in vigore della Legge di conversione del d.l. 23 maggio 2008, n. 92.

(23) Si tratta della "Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate" (in S.O. n. 30 alla *(segue)*



bligatoria la custodia cautelare in carcere, vi rientra il delitto di pornografia minorile «escluso il quarto comma» dell'art. 600-ter c.p. (art. 275, comma 3, c.p.p.); (24) h) tra i reati esclusi dal cosiddetto patteggiamento «allargato» (e cioè quelli di criminalità organizzata e di terrorismo), vi rientrano anche le fattispecie previste dal primo, secondo, terzo e quinto comma dell'art. 600-ter (con esclusione, pertanto, del delitto di offerta o cessione di materiale pedopornografico), per le quali, dunque, è ora possibile accedere al rito alternativo esclusivamente nei casi in cui la pena detentiva concordata tra accusa e difesa non superi i due anni di reclusione; (25) i) infine, tra i procedimenti per i quali l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita, vi rientrano «i delitti previsti dall'articolo 600 ter, terzo comma, del codice penale, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater.1 del medesimo codice» (art. 266, comma 1, lett. f bis), c.p.p.). (26)

#### **L'art. 600-ter c.p. ed i primi tentativi giurisprudenziali definitivi di legittimità**

Così sinteticamente riassunto il quadro sotteso alla genesi normativa dell'art. 600-ter c.p. ed esplicitate le ragioni che condussero il legislatore del 2006 a modificare l'originario impianto normativo della disposizione codicistica, può quindi tentarsi, a distanza di quattro anni dalla novella, di individuare le «linee guida» tracciate dalla giurisprudenza di legittimità in sede di applicazione della «nuova» fattispecie incriminatrice con riferimento alla qualificazione di «pornografia».

Si è già evidenziato in precedenza come l'oggetto della condotta è costituito da «materiale pornografico», la cui produzione, commercializzazione, distribuzione, divulgazione, diffusione o pubblicizzazione costituisce reato. Il materiale pornografico deve, pertanto, raffigurare un soggetto minore degli anni diciotto affinché sia ravvisabile il reato in una delle fattispecie enucleabili dall'art. 600-ter c.p., ciò che comporta anzitutto, sul piano probatorio, accertare se chi sia ritratto in tale materiale sia o meno un soggetto maggiorenne. A tal proposito, una prima riflessione operata in dottrina ritiene come, sul piano meramente probatorio, a fronte di un'immagine dalla quale non si comprenda l'età del soggetto raffigurato, sarà onere dell'accusa dimostrarne la minore età e non della difesa provare che trattasi di soggetto maggiorenne. (27) Ciò posto, secondo un primo approdo giurisprudenziale della Suprema Corte, (28) 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, *reportages* giornalistici, ecc.), 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. Secondo l'esegesi offerta da tale decisione, la medesima rappresentazione potrebbe essere ritenuta o meno pornografica a seconda di chi la guarda, ciò che, come autorevole dottrina ha osservato, «fa sorgere alcune perplessità, in quanto la natura dell'immagine discenderebbe dalla qualità del suo detentore». (29) Si è osservato, al riguardo: «le foto di bambini in una rivista destinata alle madri oppure utilizzate per pubblicizzare dei prodotti sono lecite; se invece sono in mano ad un soggetto di cui si sospetta la perversione sessuale costituiscono il corpo del reato. Dunque è l'*animus* del detentore che connota di illiceità la condotta; trattandosi poi di una condotta essenzialmente in-

#### **Note:**

(continua nota 23)

G.U. 17 febbraio 1992, n. 39), da ultimo modificata dall'art. 3, comma primo, della l. 15 luglio 2009, n. 94 (recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», in S.O. n. 128 alla G.U. 24 luglio 2009, n. 170), con decorrenza dall'8 agosto 2009.

(24) Era questa una delle novità introdotte dal c.d. «Decreto sicurezza», approvato con d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modd., nella l. 23 aprile 2009, n. 38. Com'è noto, però, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure (Corte cost., sentenza 7-21 luglio 2010, n. 265).

(25) Art. 11, l. n. 38/2006 di modifica del comma 1 bis dell'art. 444 c.p.p. (a sua volta introdotto dall'art. 1 l. 12 giugno 2003, n. 134).

(26) Detta lettera, come si ricorderà, prima aggiunta dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, è stata poi così modificata dall'art. 13 l. 6 febbraio 2006, n. 38 (in G.U. 15 febbraio 2006, n. 38), con decorrenza dal 2 marzo 2006.

(27) Galdieri, *Sulla detenzione di materiale pedopornografico all'interno del computer. Il commento*, in *Dir. internet*, 2005, 60.

(28) Sez. III, 22 aprile 2004, in *Gdir*, 2004, 31, 66, con nota di Galdieri, *La natura pornografica delle foto di minori va individuata in base alla loro destinazione*.

(29) Cerqua, *La detenzione di materiale pornografico prodotto dallo sfruttamento sessuale di minori*, in *Il Merito*, n. 5, 2005, 70 ss.

tellettuale si ha quanto di più vicino si possa avere all'antichissima nozione di peccato». (30)

Le precisazioni del Giudice di legittimità, tuttavia, possono comunque costituire un utile punto di riferimento per la determinazione della nozione di "pornografia": si legge nella decisione in esame che devono considerarsi di carattere pornografico sia le fotografie che rappresentano atti sessuali tra minori, sia quelle che ritraggono bambini nudi che ostentano o esibiscono gli organi sessuali.

### Le soluzioni interpretative possibili

Gli sforzi esegetici, pur apprezzabili, posti in atto dalla prima giurisprudenza di legittimità per meglio delimitare il perimetro applicativo della fattispecie penale di pornografia minorile, difettavano, tuttavia, di solido "ancoraggio" ad una base normativa universalmente riconosciuta, riflettendo, in realtà, sovente più un'esigenza di repressione delle condotte aggressive del bene giuridico protetto, tipica di un approccio etico prima ancora che giuridico al problema. Ben diversa sostanza, invece, rivestono i più recenti approdi giurisprudenziali della Suprema Corte che, nella progressiva acquisizione di una sempre maggiore consapevolezza dell'importanza definitoria, ha finito per cogliere nel segno. In tal senso, come già segnalato in precedenza, sicuramente utile per la definizione di "pornografia", era la definizione di pornografia infantile fornita dalla Decisione quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 del Consiglio dell'Unione europea, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, nella parte in cui stabilisce che deve essere considerato pornografico il materiale che ritrae o rappresenta visivamente un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita fra cui l'esibizione dei genitali o dell'area pubica. Sulla scia di tale utile aggancio definitorio, certa dottrina, proprio al fine di dare un contenuto concreto ad una norma che pecca di indeterminatezza, aveva ritenuto, nel contesto sistematico della ricordata l. n. 269/1998, che per la ravvisabilità della pornografia minorile «occorra la realizzazione di atti sessuali da parte del minore o sul minore. Solo in tali ipotesi la sessualità del minore entra in gioco in modo così diretto da potersi pensare ad un effettivo pericolo per lo sviluppo dell'intera personalità del minore» (31), aggiungendosi inoltre che l'atto dovrà inoltre essere chiaramente visibile, e non solo implicito nella scena o addirittura simulato. (32) Pur nella rigidità e nel chiaro rigore desumibile dall'esegesi offerta, tale impostazione dottrinale appare apprezzabile nella ricerca di una nozione di «pornografia» ancorata su parti-

colari dati oggettivi, così conferendo determinatezza alla generica indicazione legislativa. Ancora, valorizzando l'etimologia della nozione, si era anche sostenuto «che la pornografia è la riproduzione in scritti, in disegni, in film, in fotografie ed in simili mezzi o materiali di scene sessuali, il cui carattere sia contrassegnato da una sessualità esplicita, manifesta e cruda, paragonabile al prodotto sesso offerto dalla meretrice, senza dare spazio ad emozioni o sentimenti connessi all'atto sessuale», (33) precisando, inoltre, le Sezioni Unite della Suprema Corte, quanto alla pornografia minorile, che la presenza di un bambino in una scena sessuale non implica di per sé la trasformazione in scena sessualmente esplicita e quindi pornografica, in quanto di pornografia minorile «si può parlare solo quando l'opera riproduce lo sfruttamento del bambino, vale a dire la sua riduzione ad oggetto e la sua mercificazione». (34)

L'evoluzione esegetica riscontrata sia in dottrina che in giurisprudenza, dunque, consente di approdare ad un primo risultato, idoneo a smentire i primi tentativi della giurisprudenza di legittimità di dare concretezza alla nozione: per la configurabilità del reato non è sufficiente che il materiale pornografico abbia ad oggetto minori degli anni diciotto, in quanto è necessario anche che sia «prodotto mediante lo sfruttamento» di tali soggetti, elemento, questo, che sembra essere trascurato dalla prima giurisprudenza

#### Note:

(30) Zeno Zencovich, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in Pol. dir., 1998, 645. V., pure Galdieri, *Sulla detenzione...*, op. cit., 60, nonché Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 265.

(31) Cadoppi, Sub art. 3 della legge 3 agosto 1998, n. 269 (art. 600 ter, I e II comma), in AA.VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, III ed., Padova, 2002, 550. In argomento, v. pure Picotti, Sub art. 3 della legge 3 agosto 1998, n. 269 (art. 600 ter, III comma), ivi, 600 ss.; Id., *Pornografia minorile: evoluzione della disciplina penale e beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *La tutela penale della persona*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001, 295 ss.; De Natale, *Pornografia minorile e Internet: brevi note sui primi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*, in Riv. pen., 2004, 269.

(32) Cadoppi, op. cit., 555.

(33) Helfer, *Davvero indeterminato il concetto di pornografia, specie minorile?*, in questa Rivista, 2004, 624.

(34) Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, P.M. in proc. B., in Cass. pen., 2000, 2983, con nota di Marra, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la «terza via» delle Sezioni unite*, ivi, 2001, 427; in Foro it., 2000, II, c. 685, con nota di Russo, *Primi orientamenti dei giudici di legittimità in materia di pedofilia: soluzioni compromissorie o aporie interpretative?* nonché in Gdir, 2000, 27, 51, con ivi nota di Bricchetti, *Per integrare il delitto di sfruttamento non è necessaria la finalità lucrativa*. Per un commento a tale sentenza, v. inoltre Cadoppi, op. cit., 558 nonché Sez. III, 21 ottobre 2003, in Dir. informaz. e informat., 2004, 94; infine, sulla divulgazione telematica di materiale pornografico, Sez. III, 27 aprile 2000, F., in Foro It., 2000, II, c. 685.

di legittimità. Secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte, (35) il delitto di pornografia minorile, previsto dall'art. 600-ter, c.p., ha natura di reato di pericolo concreto ed è stato previsto per apprestare una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore mediante la repressione di quei comportamenti prodromici i quali, anche se non necessariamente a fini di lucro, appaiono idonei a pregiudicare il libero sviluppo personale del minore, con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia. Muovendo da tali premesse, la Corte aveva precisato che la condotta di chi impiega uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici è punibile, salvo l'ipoteizzabilità di altri reati, quando abbia una consistenza tale da implicare un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto, con la conseguenza che compete al giudice accertare, di volta in volta, la configurabilità del predetto pericolo, ricorrendo ad elementi sintomatici della condotta, quali: a) l'esistenza di una struttura organizzativa, anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze di tale mercato; b) il collegamento dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale in questione; c) la disponibilità materiale di strumenti tecnici di riproduzione e/o di trasmissione, anche telematica, idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari; d) l'utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale stesso (e in questo senso la pluralità dei minori impiegati non è elemento costitutivo del reato, ma indice sintomatico della pericolosità concreta della condotta); e) i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile.

Alla stregua di quanto sopra, dunque, le Sezioni Unite hanno escluso che la detenzione di alcune fotografie a sfondo sessuale, che ritraevano un minore infraquattordicenne, destinate a rimanere nella sfera strettamente privata dell'autore delle stesse, anche se scattate per motivi morbosi e perversi, integrasse il delitto previsto dall'art. 600-ter c.p., potendo tale condotta integrare, tutt'al più, il delitto di detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater c.p.). (36)

### **Il nuovo «perimetro» dell'incriminazione alla luce della più recente esegesi della Corte Suprema**

In questo quadro di sforzi esegetici dottrinali e giurisprudenziali si innesta, da ultimo, la decisione qui commentata. (37) La Suprema Corte, in particola-

re, coglie l'occasione di delimitare il perimetro applicativo della disposizione in esame in una fattispecie nella quale il pericolo di una rischiosa dilatazione della nozione di «pornografia» era particolarmente evidente. Il caso, approdato in sede di impugnazione di misura cautelare, riguardava un soggetto il quale, trovandosi su una spiaggia, aveva scattato con il proprio telefono cellulare diverse fotografie ad alcuni minori in costume da bagno. Il giudice per le indagini preliminari, nell'applicare la misura custodiale, aveva ritenuto il carattere pornografico delle fotografie in considerazione del loro contenuto e del contesto in cui erano state scattate, posto che due bambini erano stati ritratti «con insistenza» nella parte posteriore mentre erano chinati, e che era stato lo stesso indagato a chiedere ai minori quella particolare posizione (dicendo loro «girati, che ti faccio una foto sul culetto»).

L'indagato, a seguito del rigetto della richiesta di riesame da parte del tribunale della libertà, aveva proposto ricorso per cassazione deducendo l'inosservanza o l'erronea applicazione della legge penale, in relazione al principio di offensività, poiché l'ordinanza gravata aveva interpretato il concetto di pedopornografia in contrasto con la definizione fornita dalla decisione quadro del Consiglio Europeo n. 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003. La Suprema Corte, investita della questione, consapevole non solo del silenzio del legislatore del 1998 e del 2006 sul punto, nonché di quello della giurisprudenza di legittimità «verosimilmente perché le fattispecie concrete al suo esame non presentavano margini di incertezza e non configuravano situazioni di confine», nel richiamare l'unico precedente risalente nel tempo (38), ne evidenziava l'utilità relativa, in

#### **Note:**

(35) V., ad es., Cadoppi, *op. cit.*, 557 ss.. In argomento, v. Patalano, *Il d.d.l. antipedofilia cerca il consenso ma «chiede troppo» al diritto penale*, in *Gdir*, 1998, 27, 11.

(36) Del resto, la stessa giurisprudenza più recente ha escluso che sia configurabile il concorso tra il reato di detenzione di materiale pornografico ed il reato di pornografia minorile, dovendo applicarsi, in virtù della clausola di riserva di cui all'art. 600-quater c.p., la più grave fattispecie di cui all'art. 600-ter c.p., rispetto alla quale la detenzione costituisce, quindi, un *post factum* non punibile (Sez. III, 20 novembre 2007, n. 1814/08, M., in *Ced Cass.* 238567; ancora, in *Gdir*, 2008, 14, 66 ss., con nota di Natalini *L'applicazione dell'incriminazione più grave fa superare l'apparente conflitto di norme* ed in *Cass. pen.*, 2008, 4167 ss., con nota di La Rosa *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*).

(37) La sentenza è edita in *Fam.Min.*, 2010, 5, 53 ss, con nota di Leandro *Lo scatto diventa reato se le immagini evocano il compimento di atti sessuali*.

(38) Si tratta della già cit., Sez. III, n. 1197/1970, B., in *Ced Cass.* 116647.



quanto si limitava a definire la "pornografia" in relazione alla nozione di osceno formulata nell'art. 529 c.p., senza ovviamente potersi riferire alla disciplina codicistica successivamente introdotta. L'utilità della decisione in commento, in particolare, si evidenzia proprio nella parte del percorso motivazionale nel quale, muovendo dalla consapevolezza che con l'esplosione del fenomeno della pornografia minorile e con l'estendersi dell'allarme sociale contro lo sfruttamento sessuale dei minori, è stato il legislatore internazionale ad affrontare più adeguatamente il problema. Sul punto, si definisce come "indubbiamente più illuminante", in quanto frutto di un'elaborazione più specifica e socialmente matura, la definizione fornita dal Protocollo Opzionale alla Convenzione sui diritti dell'infanzia, sulla vendita dei bambini, la prostituzione e la pornografia rappresentante bambini, stipulato a New York il 6 settembre 2000, ratificato dall'Italia con l. 11 marzo 2002, n. 46. (39) Orbene, proprio l'art. 1 di tale Protocollo precisa che si intende per pornografia minorile "qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate, o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali a fini soprattutto sessuali". Accanto a tale utile parametro normativo di riferimento, viene affiancata la già più volte citata definizione contenuta nella richiamata decisione quadro del Consiglio Europeo n. 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, secondo la quale si deve intendere per "bambino" una persona d'età inferiore ai diciotto anni, e per "pornografia infantile" un materiale 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"; ii) "una persona reale che sembra essere un bambino, implicata o coinvolta nella suddetta condotta"; iii) "immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta" (art. 1). Secondo la Corte "la coincidenza delle due definizioni legislative è significativa ed evidente, essendo entrambe accomunate dalla sottolineatura di due elementi essenziali della pornografia, quello della rappresentazione di una figura umana e quello dell'atteggiamento sessuale della figura rappresentata". Da qui, dunque, la necessità per la Corte di valutare quale portata normativa assume questa definizione legislativa per il giudice nazionale al fine di chiarire cosa il legislatore ha inteso per «esibizioni pornografiche» o «produzione di materiale pornografico» ai sensi dell'articolo 600-ter c.p.

Sul punto, la Corte ritiene apertamente come l'esegesi debba essere necessariamente condotta con riferimento alla specifica definizione contenuta nella decisione quadro, con obbligo dunque di interpretare la fattispecie penale in modo conforme alla nozione di pedopornografia contenuta nell'art. 1 della decisione quadro n. 2004/68/GAI. Ciò è reso possibile, come la Corte mostra di avere chiaramente presente, dalla natura vincolante che le decisioni quadro assumono nel contesto delle fonti normative comunitarie, (40) essendo stato risolto con la famosa sentenza Pupino del 16 giugno 2005, C-105/03 il dubbio che animava la dottrina circa il carattere meramente programmatico o immediatamente precettivo delle disposizioni delle decisioni quadro. Ed invero, nel richiamare gli approdi giurisprudenziali della sentenza Pupino, ricorda il Giudice di legittimità come la Corte europea ha osservato che il carattere vincolante delle decisioni quadro è formulato dall'art. 34, comma 2, Trattato U.E. in termini identici a quelli usati dall'articolo 249, comma 3, Trattato C.E. per le direttive comunitarie (41). Ciò - secondo la sentenza Pupino - "comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale" (par. 34). Ne discende, dunque, per la Corte che «il giudice, nell'applicare il diritto nazionale, deve interpretarlo in modo conforme alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo 6 del Trattato UE (par. 43), ovviamente entro i limiti stabiliti dai principi generali del diritto (par. 44) «di tal che l'obbligo di interpretazione conforme cessa soltanto quando la norma del diritto nazionale si rivela incompatibile col risultato perseguito dalla decisione quadro: in altri termini detto obbligo "non

#### Note:

(39) L. 11 marzo 2002, n. 46 (recante "Ratifica ed esecuzione dei protocolli opzionali alla Convenzione dei diritti del fanciullo, concernenti rispettivamente la vendita dei bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini ed il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, fatti a New York il 6 settembre 2000", in S.O. n. 65 alla G.U. n. 77 del 2 aprile 2002), in vigore dal 3 aprile 2002.

(40) L'articolo 34, comma secondo, del Trattato sulla Unione Europea, concluso a Maastricht il 7 febbraio 1992, e successivamente modificato, stabilisce che il Consiglio può adottare - accanto ad altri provvedimenti - anche "decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Al riguardo la norma precisa che "le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta".

(41) Che così recita: "la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale" (par. 47)).

Ed allora, per la Corte Suprema il passo da compiere per riempire di contenuto l'indecifrabile nozione di "pornografia" è semplice: "il giudice italiano, nell'applicazione dell'articolo 600-ter c.p., deve fare riferimento alla nozione di pedopornografia fornita dall'art. 1 della Decisione quadro 2004/68/GAI, al fine di rendere compatibile la fattispecie penale ai principi di determinatezza e offensività". Solo conducendo detta interpretazione «comunitariamente» orientata può affermarsi, al fine di attuare la funzione selettiva dei comportamenti penalmente rilevanti, che «il delitto di pornografia minorile è configurabile esclusivamente nel caso in cui il "materiale pornografico", oggetto materiale della condotta criminosa prevista dall'art. 600-ter c.p., ritragga o rappresenti visivamente un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica», interpretazione, questa, certamente non *contra legem*, ma *secundum legem*, perché "non fa che restituire alla fattispecie penale un significato costituzionalmente compatibile col principio di determinatezza, laddove richiede alla pedopornografia (e in genere alla pornografia) una connotazione esplicitamente sessuale". Facendo coerente applicazione di tale principio di diritto, quindi, la Corte ha ritenuto di non poter convenire con il giudice di merito che, diversamente, aveva ritenuto pornografiche le fotografie scattate dall'indagato ai bambini in costume da bagno sulla spiaggia soltanto «perché alcune di esse ritraevano i minori "sul culetto" e il fotografo aveva espressamente richiesto quella posa». L'assenza del coinvolgimento dei minori in atteggiamenti esplicitamente sessuali, o di alcuna esibizione lasciva di genitali o di regioni pubiche, dunque, finisce - nella condivisibile ottica della Corte - per rappresentare un idoneo criterio selettivo di rilevanza penale della condotta, tanto più che, nel caso in esame, in tutte le fotografie i minori erano ritratti in costume da bagno, sicché i genitali, le terga e l'area pubica erano assolutamente nascosti alla vista, come confermato dall'esame diretto del materiale fotografico operato dalla Corte che, sul punto, evidenzia come anche "i minori ritratti di spalle sono in posizione assolutamente innocente, perché stanno camminando, o sono in piedi su una roccia, o sono chinati per salire su una roccia con l'aiuto delle mani", in assenza di qualsivoglia esibizione lasciva o di atteggiamento sessualmente allusivo.

Di fronte a tale quadro probatorio, si impongono

tuttavia alla Corte alcune riflessioni di ordine etico. «Si può anche comprendere - soggiunge il Collegio - come il comportamento di uno sconosciuto che fotografa insistentemente bambini sulla spiaggia possa destare preoccupazione o allarme nei genitori, indotti a sospettare in un simile fotografo intenti più o meno malsani. Ma sino a che questi ipotetici intenti restano tali, non si può incriminare il fotografo per produzione di materiale pedopornografico, con l'aggiunta *ex lege* della carcerazione cautelare»; tuttavia, conclude la Corte, pur non giustificandosi il ricorso al rigoroso impianto sanzionatorio introdotto dall'art. 600-ter c.p., (42) ove ne ricorrano concretamente gli estremi, è possibile ravvisare in consimili ipotesi la contravvenzione di molestie di cui all'art. 660 c.p.

Non può che convenirsi sulla soluzione prescelta dalla Corte Suprema nella decisione in commento. In definitiva, il richiamo a nozioni universalmente riconosciute - e, segnatamente, alla definizione di pornografia indicata dalla richiamata decisione quadro - consente all'interprete di affrontare con maggiore serenità il compito esegetico di riempire di contenuto la sfuggente nozione impiegata dal legislatore, garantendo l'applicazione della nuova fattispecie ed ancorandola ad un significato che non ammette margini di incertezza esegetica. Tale soluzione, seppure non ancora totalmente condivisa, almeno in apparenza, dalla giurisprudenza di legittimità (43), sembra destinata a prevalere, come del resto dimostra la più recente giurisprudenza della Corte Suprema in tema di rilevanza penale delle condotte di realizzazione dei cosiddetti "books fotografici" ritraenti minori in atteggiamenti lascivi. In una recente decisione, infatti, (44) la Corte, dopo aver precisato che «il carattere "pornografico" o meno di immagini ritraenti una persona appartiene all'ap-

#### Note:

(42) Poiché si arriverebbe altrimenti - precisa la Corte - all'assurda conseguenza di punire una condotta priva di ogni implicazione sessuale con una pena più grave (la reclusione da sei a dodici anni, oltre alla multa) di quella comminata per gli atti sessuali con minorenni (la reclusione da cinque a dieci anni) di soggetti erotici, mediante scritti, disegni, discorsi, fotografie, ecc, che siano idonei a far venir meno il senso della continenza sessuale e offendano il pudore per la loro manifesta licenziosità.

(43) Il riferimento è a Sez. III, 9 dicembre 2009, n. 8285/10, R., in *Ced Cass.* 246231 che, in una fattispecie analoga in cui ad essere fotografato era un minore infraquattordicenne ritratto nell'atto di cambiarsi all'interno di uno spogliatoio di una piscina, ha all'opposto affermato che «È materiale pornografico rilevante per l'integrazione del delitto di pornografia minorile, quello di contenuto lascivo, idoneo ad eccitare le pulsioni erotiche del fruitore, sicché in esso vanno ricomprese non solo le immagini raffiguranti amplessi ma anche corpi nudi con i genitali in mostra».

(44) Sez. III, 3 marzo 2010, n. 21392, G., *inedita*.

prezzamento di fatto che è demandato al giudice del merito e che, in presenza di una motivazione immune da vizi logici, è sottratto all'intervento del giudice di legittimità», ha ribadito l'importanza che, in chiave definitiva, assume la Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell'Unione europea, datata 22 dicembre 2003, in tema di contrasto allo sfruttamento sessuale dei bambini e alla pornografia infantile, giungendo quindi a ritenere che le immagini aventi carattere e finalità pubblicitarie (come quelle ritratte su *books* fotografici) non possono sottrarsi alla precisa volontà del legislatore di tutelare la personalità e la dignità delle persone minori di età, così conseguendone - senza con questo chiamare in causa concetti morali che sono estranei alla previsione penale - come «non possono sottrarsi alla sanzione quelle condotte che non solo mercificano il corpo umano, e ciò facendo possono offendere la dignità della persona e incidere in modo negativo

sullo sviluppo di individui considerati non ancora maturi, ma invadono la sfera sessuale e la connotano di significati erotici distorti che vengono sfruttati da parte di chi produce e utilizza i documenti così formati». Solo il consolidarsi di tale interpretazione, a giudizio di chi scrive, potrà scongiurare che «fotografie, non precisamente castigate, che Lewis Carroll scattava a efebiche adolescenti» (45) determinino anche oggi l'incriminazione del loro autore. Ciò che il diritto penale deve sanzionare non è quanto moralmente riprovevole, ma quanto invece offensivo di beni giuridici: ed in questo, la Cassazione, ancora una volta, ha colto nel segno.

**Nota:**

(45) L'espressione è di Padovani, *op. cit.*, 12 ss.

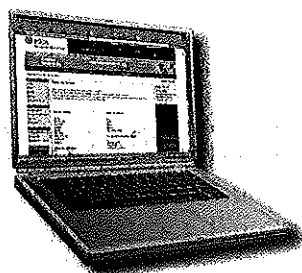
**ONLINE**

## ESPERTO - CASI E SOLUZIONI

### Modulo Società e Fallimento

*Le risposte autorevoli ai quesiti in materia societaria e fallimentare*

Prezzo: 150 euro + Iva



**Esperto** è il nuovo servizio on line di **consultazione di casi risolti** che soddisfa il crescente bisogno di risposte certe, veloci e autorevoli alle più frequenti problematiche connesse all'attività quotidiana di professionisti e aziende.

Un **archivio** raccoglie e classifica tutti i quesiti risolti e un motore di ricerca consente il **veloce reperimento** delle casistiche di interesse. Le ricerche possono essere condotte a testo libero,

per autore, per un determinato periodo temporale.

Oltre alla **consultazione dell'archivio** l'abbonamento ad **Esperto**, consente di **inviare quesiti personalizzati** a cui risponderanno, ciascuno per la propria area di competenza, qualificati e autorevoli esperti.

E in più ogni 15 giorni una **newsletter** **depl** **logativa** di quanto pubblicato nel corso di tale periodo, con collegamento diretto al singolo caso risolto.

Consulta il servizio su  
[www.lpsoa.it/esperto](http://www.lpsoa.it/esperto)