



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale

**LA TUTELA DEI MINORI IN MATERIA DI
LIBERTA' SESSUALE NEL CYBERSPAZIO**

RELATORE

Chiar.ma

Prof.ssa Francesca Minerva

CANDIDATO

Anna Pascale

Matr. 118023

CORRELATORE

Chiar.mo

Prof. Enrico Gallucci

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

Ai miei angeli

Indice

Introduzione	7
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LO SCENARIO CRIMINOSO DEL XXI SECOLO

1. La nuova frontiera del diritto penale	12
2. L'art. 609 undecies: adescamento di minorenni.	14
2.1. Uguaglianze e differenze tra le istanze internazionali e la normativa italiana	14
2.2. Soggetto attivo	19
2.3. <i>Soggetto passivo</i>	19
2.4. La condotta incriminata.	20
2.4.1. Il concetto di artificio.....	21
2.4.2. Il concetto di lusinghe.....	23
2.4.3. Il concetto di minaccia	23
2.5. Le modalità di adescamento.....	24
2.6. Interesse giuridico tutelato.....	25
2.7. L'elemento soggettivo	28
2.8. Consumazione e tentativo.....	31
2.9. <i>Concorso di persone</i>	32
2.10. Unità e pluralità di reati	32
2.11. Trattamento sanzionatorio	33
2.12. Rapporto con altri reati	34
2.13. Brevi cenni procedurali.....	37
2.13.1. La prescrizione.....	37
2.13.2. <i>Gli istituti processuali</i>	38
2.13.3. Dubbi di legittimità costituzionale.....	39
3. L'art. 600 ter: pornografia minorile	39
3.1. <i>L' art. 600 ter e la legge 269/1998</i>	40
3.2. La riforma della legge 38/2006 e la nuova formulazione dell'art. 600 ter	43

3.3. L'art. 600 ter post riforma del 2012.....	47
3.4. Soggetto attivo	49
3.5. Soggetto passivo	50
3.6. <i>Interesse giuridico tutelato</i>	50
3.7. <i>La condotta incriminata</i>	51
3.8. L' elemento soggettivo	57
3.9. Consumazione e tentativo	60
3.10. Concorso di norme e concorso di reati	62
3.11. Trattamento sanzionatorio	67
4. L'art. 600 quater: detenzione di materiale pornografico	70
4.1. Soggetto attivo	71
4.2. <i>Soggetto passivo</i>	72
4.3. <i>La condotta incriminata</i>	72
4.4. Interesse giuridico tutelato.....	74
4.5. L' elemento soggettivo	74
4.6. <i>Consumazione e tentativo</i>	76
4.7. Concorso di norme e concorso di reati	77
4.8. <i>Trattamento sanzionatorio</i>	77
5. L'art. 600 quater1: pornografia virtuale	78
5.1. Brevi cenni procedurali.....	82
5.1.1. Istituti processuali: art. 600 ter, 600 quater e 600 quater1 c.p.	82
5.1.2. Prescrizione.....	82
5.1.3. Dubbi di legittimità costituzionale.....	83

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITA' DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER

1. Precisazioni nozionistiche	84
2. Il panorama penalistico e le nuove tecniche	87
2.1. Reato omissivo proprio e reato omissivo improprio.....	92
2.2. Il paradigma del provider "cittadino".	92

2.2.1. Il provider “cittadino” e il contributo attivo.	93
2.2.2. Il d.lgs. 70/2003 e il concorso di persone nel reato.	95
2.2.2.2 Cause di esclusione della colpevolezza.	100
2.2.3. (Segue): ulteriori forme di responsabilità penale dell’ISP.....	102
2.2.4. Conclusioni sul paradigma del provider “cittadino”.....	106
2.3. Il paradigma del provider “controllore”.....	107
2.4. Il paradigma del provider “tutore dell’ordine”.	113
2.4.1. Conclusioni sul paradigma del provider “tutore dell’ordine”.....	116
2.5. Riflessioni in merito ai tre idealtipi.	116
3. Focus sulla responsabilità civile del provider.....	118
4. Attività di contrasto.	122
4.1. ISP, computer ethics e codici di auto-regolamentazione della condotta.....	128
4.1.1. Il codice “Internet e i minori” e i metodi di contrasto con particolare riguardo alla pornografia minorile.	130
4.2. (Segue): l’avvento della data retention.....	131
4.2.1. Il d.lgs. 109/2008 e la distonia con la normativa oltreconfine.	134
4.2.2. Perplessità e chiarimenti sulla direttiva 2006/24/CE.....	138
4.3. La fallibilità della data retention.	142
5. Caso Google v. Vivi Down e le recenti pronunce giurisprudenziali.	143

CAPITOLO TERZO

INNOVAZIONE LEGISLATIVA: LA TUTELA DELLA LIBERTA’

SESSUALE E LE PERSONE GIURIDICHE

1. I più recenti orizzonti dell’ordinamento italiano.	149
1.1. Breve ricostruzione storica del d.lgs. 231/2001.....	150
1.2. La struttura del decreto legislativo sulla responsabilità penale degli enti. ...	151
1.3. Introduzione all’art. 25 quinquies.....	155
1.3.1. L’analisi del nuovo reato presupposto.	158
2. Internet Service Provider.	164
2.1. Linee Guida di Confindustria.....	164
3. La criminalità organizzata e lo sfruttamento dei minori.	165

3.1. Differenza tra l'associazione per delinquere e l'art. 110 c.p.	166
3.2. <i>L'art. 24 ter d.lgs. 231/2001: delitti di criminalità organizzata</i>	168
3.3. Tentativo: art. 24 ter e 25 quinquies d.lgs. 231/2001.....	169
4. Transnazionalità.	171
5. Conclusioni.	174

CAPITOLO QUARTO

IL CYBERSPAZIO: NECESSITA' DI UNA NORMATIVA A LIVELLO GLOBALE

1. Oltre i confini nazionali: introduzione ai profili comparatistici	175
2. Common Law: gli Stati Uniti d'America	176
2.1. Child pornography e la legislazione federale.....	178
2.1.1. <i>Child pornography: evoluzione inarrestabile del fenomeno criminoso</i> . 179	
2.2. Title 18 U.S. Code.	180
2.2.1. Esempio di strategie di contrasto.	189
2.3. Child grooming e la legislazione federale.	189
2.4. <i>Internet Service Provider: vari tentativi di regolamentazione</i>	190
2.4.1. <i>Le tipologie di responsabilità penale del provider</i>	193
2.4.2. ISP: la preminente responsabilità civile.....	194
3. Casi giurisprudenziali: legge per o contro i minori?	195
4. Civil Law: la Francia	196
4.1. <i>La tutela dei minori nel cyberspazio e il diritto comune</i>	197
4.1.1. Esempi di strategie di contrasto.	199
4.2. ISP: tra il civile e il penale.....	200
5. La conclusione del “viaggio”	205
BIBLIOGRAFIA	210

Introduzione

Siamo nell'era dell'informatica, nell'era di un mondo con nuovi confini, anzi, privo degli stessi. Si sa, un territorio senza delimitazioni è pieno di insidie e di pericoli difficili da contrastare, soprattutto se non si possiedono gli strumenti opportuni. Si potrebbe constatare che, nella disamina dello spazio virtuale, neanche il termine "territorio" può essere correttamente invocato: infatti, esso è per definizione un'area circoscritta di pertinenza di un dato soggetto. A ben riflettere, possiamo davvero utilizzare tale vocabolo per descrivere il cd. cyberspazio?

Iniziando l'analisi argomentativa dal significato del termine "cyberspazio", *ab ovo* esso è stato introdotto in lingua inglese con la parola *cyberspace*, in un racconto di fantascienza del 1982 intitolato "Burning Chrome", pubblicato da William Gibson sulla rivista "Omni", per poi essere nuovamente utilizzato due anni dopo nel suo romanzo *Neuromancer* (1984). Quest'ultimo lavoro di Gibson contribuì incisivamente alla diffusione del termine, che deriva dalla fusione di "cibernetica" (parola coniata nel 1948 da Norbert Wiener per indicare i fenomeni biologici, artificiali o misti di autoregolazione) e "spazio". Il concetto riferito al cyberspazio si è ampliato con l'avvento, nel XXI secolo, dell'informatica e delle comunicazioni. Il vocabolo in questione si è diffuso come sinonimo di *internet*, sebbene più correttamente dovrebbe essere utilizzato riferendosi a tutti i sistemi digitali di connessione, acquisizione e condivisione delle informazioni, dagli *smartphone* ai terminali *GPS*.

Siamo di fronte ad un fenomeno in continua evoluzione, che ha portato agevolazioni per l'instaurazione e il mantenimento delle relazioni interpersonali a distanza, ma al contempo ha implementato non solo problematiche connesse alla garanzia della *privacy*, ma un nuovo modo di agire che purtroppo, non raramente, sfocia in condotte sanzionabili penalmente. I soggetti passivi più colpiti sono i minori: pornografia minorile, adescamento dei minorenni,

cyberbullismo, cyberstalking, cyberstalking e cyberterrorismo. Nel presente elaborato si è ristretto il campo argomentativo alla materia della libertà sessuale, una realtà in cui chi è vittima di violenza troppo frequentemente non trova la forza di raccontare e di denunciare quanto accadutoogli, a causa delle pressioni ed intimidazioni dello sfruttatore sessuale e della vulnerabilità tipica dei minori.

Si deve, dunque, tutelare la personalità individuale: di questo si occupa non solo l'ordinamento interno, ma anche e soprattutto il diritto internazionale e quello dell'Unione Europea. A titolo esemplificativo l'art. 3 della Carta europea dei diritti fondamentali, anche detta Carta di Nizza, riconosce il diritto alla salvaguardia della persona, intendendo sia l'aspetto fisico quanto quello psichico. Tale disposizione si coniuga, ai fini interpretativi, con altri diritti di "nuova generazione" enunciati dalla Carta, quali quelli alla protezione dei dati personali (art. 8), alla tutela dei minori (art. 2). Come sopra accennato, la preoccupazione principale riguarda i minori: a questi ultimi la Carta di Nizza riserva l'apposito art. 24, rubricato Diritto del bambino. A tal proposito la dottrina sottolinea che la Carta europea dei diritti fondamentali regola le relazioni tra persone dotate di diversi livelli di capacità di agire: i minorenni e gli adulti. Si può affermare, dunque, che il documento in discorso è confermativo dei diritti civili di prima e seconda generazione a favore dei minore, ovvero relativamente alla prevenzione di discriminazioni e della tutela dell'integrità e della previsione di tutele speciali e del diritto all'audizione dei minore nei procedimenti che li riguardano.

Dal punto di vista internazionale è necessario tener conto dell'incisività della Convenzione di Lanzarote, redatta dal Consiglio d'Europa il 25 ottobre 2007 e ratificata in Italia il 1° ottobre 2012. Essa si occupa dello sfruttamento ed abuso sessuale a danno dei minori.

Con la trattazione che segue si vuole analizzare non solo cosa, a livello normativo, è stato fatto, ma anche e soprattutto cosa occorre fare. Si vuole

constatare l'evoluzione *in fieri* di un mondo che non si deve considerare parallelo e a parte, ma come una fetta della realtà quotidiana. Sbaglieremmo a tenere distanziati lo spazio "virtuale" da quello che noi definiamo "reale". Infatti quali sono i parametri che, allo stato dei fatti, ci consentono di individuare la linea di demarcazione tra i due? Quest'ultima esiste? Occorrono una legislazione speciale ed un rinnovamento e rivoluzione del codice penale oppure possiamo abbandonarci alle tradizionali disposizioni legislative esistenti? Quale sarà il nostro futuro? Ed infine, il nostro modo di pensare e di agire sarà influenzato dalla mutazione tecnologica a tal punto da spostare le nostre paure non più dietro la porta quanto piuttosto dietro la tastiera di uno *smartphone* o di un *personal computer*? Sono interrogativi a cui l'operatore del diritto è tenuto a rispondere. Di certo risulta imprescindibile delineare opportune strategie di contrasto che possano fungere da deterrente alle insidie che si prospettano nel mondo virtuale: quali l'attività investigativa, i codici etici di auto-regolamentazione e la *data retention*.

Le misure di cautela, però, possono essere efficaci solo con l'ausilio e l'attività degli *Insider Service Provider*, ossia i fornitori di servizi su *internet* che si rivolgono agli utenti finali con un'offerta variegata di servizi. A tal proposito possiamo considerare due tipi di responsabilità per gli *ISP*, quella civile e quella penale. La prima sorge quando un soggetto, attraverso una condotta illecita, provoca ad un altro individuo un danno ingiusto, mentre la responsabilità penale esiste solo qualora una norma di legge preveda un certo comportamento come reato, in base al principio di legalità. Inoltre la responsabilità penale è personale. Partendo proprio da questo assunto, dunque, dovrebbe essere l'autore dell'azione illecita a rispondere della violazione (art. 27, comma 2 della Costituzione), configurandosi così l'impossibilità di rispondere per fatto altrui. Nel mondo di *internet*, e all'interno di ciò che gli orbita attorno, è difficile individuare un colpevole diverso dall'*ISP*. E allora qual è la posizione di quest'ultimo? Il suo è un comportamento concorsuale o

comunque di tipo colposo? Il cyberspazio va trattato come un territorio *sine finibus*, ma non si può essere benevoli nel punire, per incapacità di individuare il *reo*, di fronte a delitti che colpiscono chi non è stato di certo graziato con la stessa benevolenza del proprio aguzzino. La notevole importanza della ricerca di una giustificazione giuridica, al fine di addebitare al *provider* un rimprovero penale, oltre che civile, si rinviene anche nella possibilità della configurazione della responsabilità amministrativa dipendente da reato, ai sensi del d.lgs. 231/2001. A tal proposito si ritiene di assoluta significatività non solo l'art 25 quinquies, riguardo la tutela della personalità individuale, ma anche l'art. 24 ter, in materia di criminalità organizzata. Infatti lo sfruttamento minorile rientra nel più ampio esercizio di attività criminalizzata, quale l'associazione per delinquere, ai sensi dell'art. 416 c.p., e di conseguenza anche nel reato-presupposto. Rimanendo in questo ambito applicativo si evidenzia la connessione con le fattispecie criminose in esame e la transnazionalità: quest'ultima è un elemento che testimonia la diffusione del triste fenomeno non solo a livello nazionale, ma anche europeo ed internazionale. Per tal ragione si è reputato utile approfondire l'aspetto comparativo degli argomenti trattati, con particolare riguardo alla struttura dei delitti in disamina e dell'eventuale rimprovero penale e civile da addebitare *all'Internet Service Provider*. In specie, si ritiene utile sviluppare un'analisi comparatistica che metta in luce le problematiche e le complessità nel recepire ed applicare "il diritto del mondo" nei singoli Stati, ed in particolare alle diverse garanzie per minori, assicurate ed effettivamente poste in essere, dai Capi di Stato e dai Governi. A tal fine si è posta l'attenzione, da una parte, all'ordinamento statunitense, rappresentante del sistema di *common law* e, dall'altro, a quello francese, sicuramente più vicino alla legislazione italiana. In definitiva, rispetto ai suddetti temi, risalta la forte sinergia con altri rami del diritto, nello specifico con la disciplina della *privacy* e il trattamento dei dati personali e la conservazione dei dati di traffico. Questo "innesto" di settori normativi deriva dalla stessa definizione e concezione di cyberspazio: esso risulta di ardua delineazione e di descrizione;

il *cyberspace* corrisponde ad una sorta di agglomerato di informazioni, ciascuna delle quali ha una tradizionale tutela giuridica, che però si deve evolvere ed aggiornare al nuovo contesto locale. Si tratta non più di una sicurezza, ma di una *cybersecurity* che dialoga con un luogo estraneo alla concezione classica, delimitata e sicuramente di più facile controllo, e che per questa ragione ha bisogno dell'ausilio di tutti i mezzi di protezione in vigore.

CAPITOLO PRIMO

LO SCENARIO CRIMINOSO DEL XXI SECOLO

.....

Sommario: 1. La nuova frontiera del diritto penale. - 2.L'art. 609 undecies: adescamento di minorenni. - 3.L'art. 600 ter: pornografia minorile. - 4. L'art. 600 quater: detenzione di materiale pornografico. -5. 5.L'art. 600 quater1: pornografia virtuale.

1. La nuova frontiera del diritto penale.

La dilagante diffusione dei social network non ha solo rilevanza nell'ambito dell'evoluzione tecnologica, ma ha degli importanti risvolti sociali e culturali e non da ultimi giuridici. Una particolare attenzione va dedicata ai più giovani, non solo utenti, ma purtroppo anche inconsapevoli vittime del c.d. “mondo virtuale” che forse è più reale della realtà stessa. Il pericolo di uno scenario criminoso collocato nel c.d. *Cyberspace* è concreto: questo perché nell'ambito dei sistemi informatici e telematici vi è uno scambio di dati da condividere con una cerchia assai estesa di soggetti, collocati potenzialmente in ogni parte del mondo. Questo complesso di materiale è autonomamente e direttamente “caricato” (*upload*) e “scaricato” (*download*) dall'utente del social network sul proprio *account* e messo a disposizione di amici e familiari e non solo; dunque il c.d. *web 2.0* è sotto una gestione individuale, ma soltanto apparente, in quanto a causa dell'interazione con altri utenti, conosciuti e sconosciuti, rende l'effettiva amministrazione dei dati assolutamente globale e di difficile riconduzione al primo soggetto malintenzionato.

La giurisprudenza e la dottrina hanno sottolineato la comparsa di “nuovi” reati, in seguito all’apertura al pubblico dell’accesso ed utilizzo di Internet collocabile a metà degli anni ’90 del XX secolo: essi sono comprensivi sia dei reati informatici in senso stretto, ossia di figure criminose che richiedono come elemento costitutivo l’utilizzo delle tecnologie e dei prodotti informatici o la produzione di effetti tipici su di essi, si pensi alle frodi informatiche, ai falsi e ai danneggiamenti informatici, agli accessi abusivi a sistemi informatici etc., e sia dei reati informatici in senso ampio, o meglio dei reati “ ciberneticici”. Questi ultimi hanno come peculiarità il “terreno” di realizzazione delle fattispecie in questione: il cyberspazio diviene così il *locus commissi delicti*. Le modalità di realizzazione dei succitati reati sono molteplici, pertanto per distinguerli l’uno dall’altro è bene soffermarci sul bene giuridico o sull’interesse penalmente protetto. *In primis* si menziona il diritto alla riservatezza, oggetto sia delle violazioni della privacy in senso stretto, in quanto relativa al trattamento dei dati personali, che delle violazioni alla riservatezza informatica, nozione più ampia e comprensiva di tutte le lesioni del diritto di escludere terzi da specifici dati, spazi e sistemi informatici. *In secundis*, ed è l’ambito di interesse rispetto alla trattazione *in itinere*, vengono in rilievo le fattispecie criminose che riguardano la diffusione e la fruizione di materiale pornografico minorile oppure che si presentano come prodromiche agli abusi sessuali e allo sfruttamento di minori, c.d. *child grooming*. Infine, per ragioni di completezza, si aggiungono i reati consistenti in una manifestazione e diffusione di un pensiero commessi sui *social network*, come l’ingiuria e la diffamazione, ed i reati relativi alle violazioni di diritti d’autore sulle opere protette, le quali abusivamente circolano nel cyberspazio.

In seguito necessita la disamina di ulteriori delitti che non per forza debbono avere come “scenografia” il *cyberspace*, ma che, con l’avanzare dell’utilizzo delle nuove tecnologie, coprono uno spazio rilevante all’interno del sistema

informatico e telematico del diritto penale: tra essi saranno sviluppati l' "adescamento di minorenni" (art. 609 undecies c.p.), "la pornografia minorile" (art. 600 ter c.p.) ed i connessi reati di "detenzione di materiale pornografico" (art. 600 quater c.p.) e di "pornografia virtuale" (art. 600 quater1 c.p.).

2. L'art. 609 undecies: adescamento di minorenni.

2.1. Uguaglianze e differenze tra le istanze internazionali e la normativa italiana .

A norma della L. 172 dell'1 ottobre 2012 intitolata "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d' Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale" è punibile penalmente la condotta di "adescamento di minorenni" (c.d. *child grooming*). Tale reato è disciplinato dall'art. 609-undecies c.p. ed è collocato tra le incriminazioni per atti sessuali, ossia alla fine della sezione II relativa ai "delitti contro la libertà personale", del capo III, Titolo XII del II libro del codice penale.

Occorre partire dal dettato normativo del suddetto articolo: "chiunque, allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600 bis, 600 ter e 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 quater.1, 600 quinquies, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies, adesci un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione".

La nuova fattispecie criminosa, assoluta novità nel nostro ordinamento, è stata introdotta, come già evidenziato, dall'art. 4 lett. z) della Legge del 1 ottobre 2012 n. 172, dando attuazione alla Convenzione di Lanzarote in materia di

“protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali”, sottoscritta nell’ambito del Consiglio d’Europa il 25 ottobre 2007.

La Convenzione imponeva in particolare agli Stati sottoscrittori di introdurre un reato che consentisse di perseguire il pericoloso fenomeno del c.d. *child grooming*, e cioè dell’adescamento di minori, principalmente tramite internet, con l’intenzione da parte del soggetto agente di compiere abusi sessuali o comunque di realizzare materiale pornografico. A partire da ciò la dottrina, prendendo le mosse da studi della mente dell’adescatore, è giunta alla ricostruzione di schemi comportamentali (*patterns of behavior*), per poi sintetizzare il c.d. *cybersexexploitation* definito come “il tipico comportamento¹ dell’adescatore consistente in una attività di manipolazione psicologica strutturata in fasi consecutive. Generalmente l’adescatore procede nella scelta della vittima, attraverso l’impiego di social network e motori di ricerca (*victim selection and information gathering*). Individuato il bersaglio, lo contatta e getta le basi per un legame di amicizia virtuale (*friendship forming stage*), a cui segue un consolidamento del legame affettivo e confidenziale (*relationship forming stage*). Accertata l’assenza di un controllo genitoriale o di una supervisione nell’uso del computer (*risk assesment stage*), l’adescatore si apre a confidenze personali e ne chiede altrettante in cambio, il che produce una crescita repentina del grado di intimità e di reciproca mutualità del rapporto (*exclusivity stage*). Infine introduce la tematica sessuale ed esercita pressioni finalizzate all’incontro, a volte usando come minaccia i segreti e le intimità raccolte nel corso dell’adescamento (*sexual stage*)”. La Convenzione di Lanzarote ha adottato nell’art. 23 rubricato “Solicitation of children for sexual purposes” il modello britannico di repressione dell’adescamento, che colloca la soglia di

¹ STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote. Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies)*, Giuffrè Editore, 2013, 989 ss.

punibilità del *child grooming* in una fase avanzata, ossia nel momento in cui l'adescatore adulto, oltre ad aver proposto al minore un incontro di natura sessuale, ha anche già compiuto atti esecutivi finalizzati all'organizzazione dell'appuntamento con il minore. L'art. 23 della Convenzione così descrive l'adescamento che gli Stati sottoscrittori avrebbero dovuto introdurre nel proprio codice penale: "Each party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a. or Article 20, paragraph 1.a., against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting". L'obiettivo di una fattispecie così articolata era quello di anticipare la soglia di rilevanza penale ad un momento precedente all'incontro fra il minore e l'adescatore, ma al contempo di garantire che la repressione dell'adescamento intervenisse solo quando i propositi criminosi del *reo* cominciassero a concretizzarsi, in ragione dell'avvio dell'organizzazione dell'incontro con il minore irretito. Si può giungere alla conclusione che il legislatore italiano, nella redazione dell'art. 609 undecies c.p., ha disatteso le linee guida internazionali. Innanzitutto, la disposizione così introdotta nel codice penale dal legislatore italiano differisce da quella oggetto della Convenzione per l'arretramento della soglia di punibilità, in quanto punisce i fatti di adescamento tipizzati nell'art. 609 undecies c.p. quando non vi è stata ancora alcuna proposta di incontro con il minore. L'ordinamento italiano punisce cioè i fatti di *child grooming* già nelle fasi definite di *friendship forming stage* o di *relationship forming stage*, qualora sia presente l'intento sessuale: tale aspetto può, però, far sorgere delle problematiche che confinano con la presunzione, rischiando di scontrarsi con il principio costituzionalmente garantito di offensività. Tuttavia l'attuale formulazione, non è priva di precedenti versioni normative: infatti in quella originaria la condotta rilevante penalmente consisteva in un comportamento atto

ad intrattenere con un minore di anni sedici “una relazione tale da condurre a un incontro”²: un’espressione che si allineava alla *ratio* della Convenzione di Lanzarote. Purtroppo si susseguirono numerosi dibattiti tra le Commissioni parlamentari incentrati sul pericolo della lesione del principio di determinatezza della fattispecie così originariamente redatta. Le maggiori perplessità riguardavano la conformità della norma al principio di legalità in materia di diritto penale, come interpretato dalla Corte Costituzionale, la quale, in numerose occasioni, aveva sottolineato, e tuttora evidenzia, l’esigenza di un’adeguata specificazione legislativa del fatto perseguibile penalmente affermando la necessaria capacità della legge di “distinguere tra la sfera del lecito e quella dell’illecito, fornendo a tal fine un’indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati”³. In secondo luogo il legislatore italiano ha considerato nella disposizione in analisi anche i fatti commessi nei confronti di minori infrasedicenni, sebbene la Convenzione di Lanzarote faccia esplicito riferimento a minori che non abbiano raggiunto l’età per esprimere un valido consenso in materia sessuale: nel nostro ordinamento tale incapacità viene ad essere riferita a minori degli anni quattordici, ad

² Si veda il testo originario dell’art 609 octies , contenuto nel disegno di legge A.C. n. 2326/XVI, www.camera.it : “Chiunque, allo scopo di abusare o di sfruttare sessualmente un minore di anni sedici o un incapace, ovvero di indurre alla prostituzione o ad esibizione pornografiche o alla produzione del materiale di cui all’art 600 ter, intrattiene con lui, anche attraverso l’utilizzazione della rete di internet o di altre reti mezzi di comunicazione, una relazione tale da condurre a un incontro, è punito con la reclusione da uno a tre anni”.

³ Si veda Corte costituzionale, sent. n. 282 del 14 giugno 1990, (in *Cass. Pen.*, 1991, 24; *Giur. Cost.* 1990, 1755 con nota di CERVETTI, *Legge n. 818 del 1984 e questione di legittimità costituzionale*; *Foro it.* 1991, I, 3020, con nota di ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*; *Riv. It. Dir. Proc. e pen.*, 1991, 989, con nota di VICI CONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme “in bianco”*). Cfr. *ex pluribus*: Corte cost., sent. n. 333 dell’11 luglio 1991, (in *Cass. pen.*, 1992, 576 e 1725, con nota di CUTRONA, *Ancora sulla sentenza n. 333 del 1991 Corte cost. sulla disciplina penale degli stupefacenti*; *Riv., it. Dir. e proc. pen.*, 1992 n. 285, con nota di PALAZZO, *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*); *Cass.*, Sent. n.295 del 28 Giugno 2002, (in *Cass. pen.*, sent. n. 3435/2002; *Foro it.*, 2003, I, 2928; *Giur. Cost.*, 2002, 2122, con note di PISA, SCOPINARO, *Segreto di Stato e notizie riservate: un’interpretazione costituzionalmente corretta in attesa della riforma del codice penale*, e di BONZANO, *La Consulta torna a pronunciarsi sul segreto di Stato: brevissime note in margine alla sent. n.295 del 2002*).

eccezione degli atti compiuti fra coetanei o quasi coetanei di cui all'art. 609 quater, comma 3 c.p.

L'estensione della punibilità ai minori di età compresa fra i quattordici e i sedici anni ancora non compiuti porta ad alcune riflessioni relative ad una condotta che combacia con l'art. 609 undecies c.p., ma che non è affiancabile al dolo richiesto dalla medesima norma, in quanto l'autore incriminabile potrebbe aver agito con finalità lecite ed estranee al dolo specifico descritto dalla fattispecie astratta del codice penale.

Infine, ulteriore elemento dicotomico da citare è l'ampliamento delle modalità di commissione dei fatti punibili ex art. 609 undecies c.p. L'art. 23 della Convenzione di riferimento stabilisce che la condotta punibile debba essere manifestata "through information and communication technologies", cioè attraverso la rete internet o mezzi analoghi di comunicazione. Tuttavia il legislatore italiano si è nuovamente discostato dalla suddetta formula, richiamando "l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione" come uno dei possibili strumenti per la realizzazione del fatto. Questa variante è supportata dalla dottrina⁴, la quale sostiene la medesima portata offensiva di un adescamento mediante i mezzi di comunicazione telematica rispetto ad un'identica condotta commessa in altro modo.

⁴ STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote, Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies)*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 989 ss.

2.2. Soggetto attivo.

Il delitto di adescamento di minorenni può essere commesso da “chiunque”⁵, pertanto siamo di fronte ad un reato comune, sebbene l’interprete debba tenere conto di alcune caratteristiche soggettive dell’agente. Tale considerazione assume particolare rilevanza in relazione alla vittima qualora abbia un’età compresa tra i quattordici ed i sedici anni e l’adescatore adulto agisca semplicemente allo scopo di compiere atti sessuali con il minore consenziente.

2.3. Soggetto passivo.

Soggetto passivo del reato è il minore di età inferiore ai sedici anni.

Come già anticipato (cfr. 1.1.) questo elemento rappresenta un’importante differenza rispetto l’art. 23 della Convenzione di Lanzarote, in quanto quest’ultima norma prevede che la vittima, ai fini della configurazione del reato in esame, debba avere “the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child”, ossia nel nostro ordinamento tale età corrisponde a quella inferiore a quattordici anni. Il legislatore avrebbe dovuto riservare la fattispecie di adescamento ai minori infraquattordicenni, per i quali è comunque preclusa dall’ordinamento italiano la libertà di compiere atti sessuali, fatta salva l’eccezione dei rapporti intrattenuti con i coetanei o quasi coetanei. Tuttavia il legislatore italiano ha preferito ampliare il perimetro di punibilità (ai minori con età superiore ai quattordici anni, ma che non abbiano ancora compiuto sedici anni di età) e questo principalmente perché i giovani di questa età rimangono

⁵ DE BONIS, *Adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in CADOPPI- VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale. vol. II. I reati contro la persona*, Tomo I, 2014.

vulnerabili alle varie forme di adescamento e pertanto si ritengono meritevoli di tutela anticipata quale quella dell'art. 609 undecies c.p.

2.4. La condotta incriminata.

La fattispecie criminosa di “adescamento di minorenni” configura un delitto di mera condotta a forma vincolata⁶. La norma ci dà delle indicazioni ai fini dell'inquadramento della fattispecie astratta in quella concreta, ma che tuttavia appaiono di difficile interpretazione. Per prima cosa la formulazione della norma incriminatrice descrive la condotta come “qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione”. A differenza di come potrebbe sembrare a primo acchito si deve ritenere che ai fini della commissione della fattispecie rilevino in definitiva soltanto le condotte che rientrino nella definizione di artifici, lusinghe o minacce e non “qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore”, così come l'*incipit* della definizione normativa lascerebbe supporre. In particolare, la parola “atto” suggerisce l'idea che ad integrare la condotta penalmente rilevante non sia indispensabile il compimento di un' “attività” prolungata nel tempo, ma che basti solo una singola ed unica operazione e che per le modalità in cui esso viene eseguito sia idoneo a “carpire la fiducia” del minore. In tal maniera l'art. 609 undecies c.p. assume le sembianze di un reato unisussistente (*qui unico actu perficiuntur*)⁷. Questa conclusione, però, sembra in contrasto con gli studi criminologici del *child grooming*: infatti esso appare come un delitto che si perpetra nel tempo al

⁶ MONTANARI, *Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies*, nota a Trib. Bassano del Grappa, Ufficio G.i.p., Sent. n. 174 del 20 dicembre 2012, e a C. App. di Venezia, Sez.III penale, Sent. n. 998 del 20 giugno 2013.

⁷ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, ed. VI, CEDAM, 2016 p. 351 ss.

fine di convincere la vittima minore e come un reato prodromico a quelli indicati nella nuova fattispecie ex art. 609 undecies c.p. Tra l'altro quest'ultima interpretazione è affine a quanto imposto dalla Convenzione di Lanzarote agli Stati firmatari. Pertanto, occorre modificare la più rigida versione interpretativa a favore di una condotta consistente anche in un unico atto "concretamente idoneo" al convincimento del minore, laddove l'adeguatezza causale dell'atto si manifesta non solo mediante "artifici, lusinghe o minacce", ma anche in presenza di un'influenza e di una pressione psicologica esercitata sulla vittima. Dunque, tali affermazioni non fanno altro che sostenere la tesi dell'"adescamento di minorenni" come un "reato di pericolo concreto".

2.4.1. Il concetto di artificio.

Il concetto di artificio può essere esplicito come "simulazione, dissimulazione, espediente subdolo o menzognero capace di trarre in inganno la vittima ed attirarla nella trama criminosa ideata dal *reo*"⁸.

Una tra tante ipotesi di adescamento realizzate tramite "artificio" può essere citata a titolo esemplificativo ed è quella di un soggetto che affermi di essere un agente di moda con l'intento di adescare giovani aspiranti modelle e che per farlo utilizzi finti profili personali sui social network. Tale condotta è evidentemente suscettibile a quella dell'art. 609 undecies c.p., sebbene il giudice dovrà appurare che il soggetto agente abbia agito con la volontà di commettere uno dei reati a cui la norma è circoscritta. Quest'ultima precisazione appare necessaria al fine di evitare una confusione tra l'artificio, inteso nella qualificazione suddetta, ed i fatti di "seduzione mediante inganno", i quali,

⁸ Si ritiene che il legislatore, utilizzando l'espressione "artifici", presente nel dettato dell'art 640 c.p., intendesse mutuare la vasta elaborazione giurisprudenziale proposta intorno al valore semantico della formulazione del reato di truffa.

seppure eticamente riprovevoli, sono di certo leciti. Emblematico di questo rischio è un caso sottoposto alla giurisdizione del Tribunale di Bassano del Grappa⁹ e poi dalla Corte d'Appello di Venezia¹⁰, che vede come imputato un ragazzo di ventisei anni; il capo di imputazione era dapprima quello di aver formato un finto profilo Facebook in cui si presentava con un nome di fantasia e come responsabile di un'agenzia di moda, e poi per aver adescato una quindicenne cercando di convincerla ad incontrarlo per avere rapporti sessuali con lui in cambio della realizzazione di un book fotografico gratis, senza però essere riuscito a realizzare il suo intento. La condotta viene posta in essere, però, prima dell'entrata in vigore della fattispecie incriminatrice dell' "adescamento di minorenni" e per tal ragione il Tribunale di Bassano del Grappa ritiene che i fatti commessi dal ventiseienne possono dar luogo al delitto di tentativo di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis, comma 2 n. 2 c.p., per essersi l'agente "sostituito" ad altra persona, creandosi *ad hoc* un'identità che non gli apparteneva. La Corte d'Appello di Venezia riformava la sentenza di primo grado, ritenendo che il fatto debba essere più correttamente sussunto nel delitto di "sostituzione di persona" di cui all'art. 494 c.p.

La dottrina, in riferimento alle due sentenze ha precisato che ad oggi l'imputato sarebbe stato piuttosto condannato per il delitto di adescamento ex art. 609 undecies c.p. La conclusione dottrinale può essere *a contrario* discussa: l'utilizzo dell'"artificio" non porta *sic et simpliciter* a dichiarare la configurabilità di un fatto nella fattispecie in analisi per aver voluto ottenere con l'inganno il consenso ad un rapporto sessuale con una minore di età di quindici anni, ma occorre l'accertamento del dolo specifico di voler commettere uno dei delitti citati dalla norma. Infatti, qualora questa verifica avesse un risultato negativo l'obiettivo perseguito dall'agente sarebbe infatti del tutto lecito, in quanto nel nostro ordinamento è consentito avere rapporti sessuali consensuali

⁹ Cfr. Trib. Bassano del Grappa, Ufficio G.i.p., Sent. 174 del 20 dicembre 2012.

¹⁰ Cfr. C. App. di Venezia, Sez. III Penale, Sent. 998 del 20 giugno 2013.

con una quindicenne, con l'eccezione dei casi in cui l'adulto abbia un rapporto qualificato con il minore, ad esempio perché ne è il tutore, l'ascendente, l'affidatario, l'insegnante etc. (art. 609 quater c.p.), o delle ipotesi di prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.).

2.4.2. Il concetto di lusinghe.

Il concetto di lusinghe è invece un'assoluta novità nel nostro ordinamento e, come asserisce la dottrina, consiste nell' "adulare, gratificare falsamente, rivolgere finte ed eccessive attenzioni al fine di accattivarsi la simpatia e la benevolenza di qualcuno per indurlo ad un determinato comportamento"¹¹. Le lusinghe si manifestano in forme diversificate tra loro, in relazione all'età del minore: infatti qualora si tratti di un fanciullo esse saranno principalmente finalizzate a superare la naturale diffidenza di quest'ultimo verso gli estranei; mentre, in presenza di minori in età adolescenziale, le lusinghe possono assumere la fisionomia di autentiche condotte seduttive, finalizzate ad irretire il minore oggetto di attenzioni sessuali.

2.4.3. Il concetto di minaccia.

Il legislatore ha infine previsto che l'adescamento tipico possa avvenire tramite minacce.

¹¹ BALZANI, *Adescamento di minorenni*, in TOVANI, TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale: aggiornato al d.lgs. 4 marzo 201, n.39*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 414 ss; STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote, cit.*, p. 989 ss.

Infine, per minaccia si intende tipicamente la prospettazione di un male futuro ed ingiusto la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente e che ingenera timore al soggetto passivo.¹²

La previsione della minaccia come modalità tipica della condotta di adescamento, accanto all'artificio e alle lusinghe, appare discutibile per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, come è stato già evidenziato da alcuni autori¹³, è di difficile comprensione la possibilità di “carpire la fiducia del minore” attraverso il ricorso alle minacce. La minaccia è infatti un tipico mezzo di coartazione della volontà, simile da questo punto di vista alla violenza e non all' “artificio” o alle “lusinghe”, le quali appaiono tese ad ottenere una spontanea cooperazione del minore. In secondo luogo, il richiamo alla minaccia produce evidenti sovrapposizioni con il tentativo dei reati perseguiti dall'adescatore. Nel momento in cui l'adescatore minacciasse un minore per costringerlo a compiere o a subire atti sessuali, si configurerebbe una violenza sessuale tentata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 56 e 609 bis c.p.

2.5. Le modalità di adescamento.

L'adescamento può avvenire “anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione”.

¹² Si veda l'orientamento giurisprudenziale consolidato intorno all'art. 612 c.p. per quanto concerne il termine “minaccia”. Cfr. Cass., Sez. V, Sent. n. n.4663 del 6 Febbraio 2004: per la sussistenza della minaccia (art. 612 c.p.) “si richiede la prospettazione di un male futuro ed ingiusto, la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente, che può derivare anche dall'esercizio di una facoltà legittima la quale, tuttavia, sia utilizzata per scopi diversi da quelli per cui è tipicamente preordinata dalla legge; non è peraltro necessario che il bene tutelato dalla norma incriminatrice sia realmente leso, essendo sufficiente che il male prospettato possa incutere timore nel soggetto passivo, menomandone la sfera della libertà morale”.

¹³ DE BONIS, *Adescamento di minorenni* (art. 609-undecies c.p.), in CADOPPI, VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale. vol. II. I reati contro la persona*, Tomo I, CEDAM, 2014.

Come già anticipato, rispetto al circoscritto dettato dell'art. 23 della Convenzione di Lanzarote (qui era previsto internet come mezzo di adescamento), il legislatore italiano ha ritenuto di estendere la portata della fattispecie in esame anche alle forme di adescamento che avvengono senza l'utilizzo di internet o di altri mezzi di comunicazione. Infatti la lettera della disposizione con la locuzione "anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione" pone l'accento sulla congiunzione "anche", che conferisce rilevanza penale anche alla condotta di adescamento realizzato nel "mondo reale" oltre che a quello "virtuale". A titolo esemplificativo si richiama l'ipotesi di adescamento di minori nei parchi pubblici, in una fase in cui ancora non vi è un tentativo di commissione di reati sessuali.

2.6. Interesse giuridico tutelato.

Secondo una parte della dottrina l'art. 609 undecies c.p. tutela la "libertà di autodeterminazione dell'individuo, sub specie di libertà sessuale e di libera esplicazione della propria volontà"¹⁴. Altri studiosi ritengono, viceversa, che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie sia la "libertà e l'equilibrato sviluppo psicosessuale della persona minore"¹⁵. Quest'ultima posizione sembra quella più accreditata, in quanto sottolinea maggiormente la prospettiva del legislatore italiano, il quale mira a garantire la tutela del minore, intesa come parte lesa, il quale viene ad essere in pericolo nel suo naturale sviluppo sessuale e di

¹⁴ MONTANARI, *Adescamento di minorenni tramite Facebook*, cit.; STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote, Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies)*, Giuffrè Editore, 2013, p. 989 ss.

¹⁵ DE BONIS, *Adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in CADOPPI, VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale. vol. II. I reati contro la persona*, Tomo I, 2014.

conseguenza psicologico. Questa impostazione è supportata anche dal “Preambolo alla Convenzione di Lanzarote”: esso fa esplicito riferimento alla circostanza che lo sfruttamento dei minori e la commissione di abusi sessuali nei loro confronti sono “devastanti per la salute dei minori e il loro sviluppo psico-sociale” (*destructive to children’s health and psycho-social development*).

Quando il bene giuridico, comunque intenso, può dirsi leso? L’“adescamento di minorenni” è un reato di c.d. “pericolo indiretto”¹⁶. Giova rimarcare il significato di questa definizione. Innanzitutto una prima distinzione concerne i reati di danno dai reati di pericolo, i primi offendono il bene giuridico tutelato dalla norma penale, i secondi si limitano a metterlo in pericolo. A loro volta i reati di pericolo si distinguono, secondo parte della dottrina¹⁷ in: reati di pericolo concreto, per i quali si deve accertare la ricorrenza del pericolo per il bene giuridico protetto dalla norma penale nel caso concreto; reati di pericolo astratto, per i quali il pericolo viene presunto dal legislatore, salvo prova contraria ammessa da parte del *reo*; reati di pericolo presunto, per i quali, invece, l'autore non ha facoltà di prova contraria. Secondo un altro orientamento dottrinale¹⁸, invece, la distinzione sarebbe esclusivamente tra reati di pericolo concreto nei quali il pericolo corrisponde ad un elemento costitutivo del fatto tipico e reati di pericolo astratto, o meglio presunto, nei quali il pericolo è generico ed indeterminato e non necessita l'accertamento di volta in volta. A

¹⁶PIERGALLINI-VIGANÒ-VIZZARDI-VERRI, *Delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in Marinucci-Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2015.

¹⁷ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, ed. IX, Cedam, 2015, p. 181 ss.

¹⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Cap. II, Sez. IV, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 264 ss. Più circoscritta l'ammissibilità del pericolo astratto per Panucci, *Temi Penali* a cura di MASSARO, TRAPANI, Giappichelli, Torino 2013, p. 105 ss., secondo il quale, l'unica via per recuperare la compatibilità tra il pericolo presunto e il principio di offensività (in concreto) è quella di ritenere illegittimo costituzionalmente una presunzione di pericolo che escluda la possibilità di della prova contraria.

motivazione di ciò secondo quest'altra autorevole dottrina il pericolo astratto non può essere ammesso e pertanto si dovrebbe più correttamente parlare di "reati di pericolo presunto": il pericolo è sempre concreto e nei casi in cui si configurerebbe una fattispecie criminosa in reati di pericolo astratto vi sarebbe, invece, una presunzione di pericolo, la quale non ammette prova contraria.

Oggetto di un ampio dibattito sono i reati di c.d. "pericolo indiretto": in particolare si discute sulle condizioni di ammissibilità della repressione di questa tipologia di reati, al fine di non ledere i principi costituzionali di offensività e di proporzione¹⁹. La medesima autorevole dottrina, sottolineando il carattere di eccezionalità della punibilità di condotte preparatorie rispetto ad altre, ha subordinando tale ammissibilità al verificarsi di due presupposti: 1) i beni tutelati in maniera così anticipata devono essere beni primari per la collettività; 2) le condotte vietate devono essere generalmente pericolose per il bene giuridico. Pertanto per garantire una minima soglia di offensività occorre fare due passaggi: a) accertare l'esistenza del dolo specifico, per essere certi delle intenzioni criminose; b) vagliare la concreta idoneità delle condotte poste in essere per conseguire il fine perseguito dall'agente.

Ma prima di proseguire la trattazione, giova rammentare l'aspetto sostanziale dei reati di pericolo indiretto. Innanzitutto i reati di pericolo si suddividono, secondo una classificazione che si aggira intorno al momento della tutela del bene giuridico, in a) reati di pericolo di un evento pericoloso: in tal caso la tutela interviene nel momento anteriore della creazione del pericolo dell'evento pericolo; b) i reati ove vi è un'anticipazione del pericolo agli atti prodromici, atti aventi una funzione cautelativa per scongiurare l'insorgere di un futuro pericolo del bene protetto.

¹⁹ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 592 ss.

2.7. L'elemento soggettivo.

L'art. 609 undecies c.p. configura un delitto a dolo specifico, pertanto il soggetto agente deve agire con volontà o coscienza rispetto a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, senza la necessità che la commissione dei reati enunciati dall'art 609 undecies c.p. venga consumata, proprio perché essa rientra nel dolo richiesto dalla norma. Inoltre non è neppure necessario che il *reo* sia consapevole dell'età del minore al fine della condanna per il delitto di "adescamento di minorenni". Infatti ai sensi dell'art. 609 sexies c.p., così modificato dall'art.4 della L. 172 del 2012, "quando i delitti previsti negli articoli 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies e 609 undecies sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all'articolo 609 quinquies, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile". A tal proposito non sembra inusuale il verificarsi di un'ignoranza da parte dell'adescatore, se si pensa al *locus* dello sviluppo della condotta incriminabile: vi sono numerosi casi ove anche gli "adescati" creano fittizie identità online e per tal motivo risulta difficile non ammettere l'esistenza dell'eccezione enunciata dall'art. 609 sexies c.p., ossia l'"ignoranza inevitabile".

Come sottolineato in diversi punti dell'esamina, perché vi sia un adescamento penalmente rilevante è altresì indispensabile che il *reo* agisca "allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600 bis, 600 ter e 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 quater.1, 600 quinquies, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies". Più in dettaglio occorre che vi sia il fine di commettere delitti di "riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù" (art. 600), di "prostituzione minorile" (art. 600 bis), di "pornografia minorile" (art. 600 ter) e di "detenzione di materiale pornografico" (art. 600 quater), anche relativi alla pornografia virtuale (art. 600 quater.1), "iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile" (art.

600 quinquies), “violenza sessuale” (art. 609 bis), “atti sessuali con minorenne” (art. 609 quater), “corruzione di minorenne” (art. 609 quinquies) e “violenza sessuale di gruppo” (art. 609 octies).

La presenza del dolo specifico ha una significativa pregnanza per due particolari ordini di ragioni: innanzitutto, perché come già sottolineato dalla dottrina²⁰ contribuisce a descrivere l’offesa tipica tutelata dalla norma in esame. L’ordinamento non intende unire ogni forma di adescamento, seppur realizzato mediante artifici, lusinghe e minacce, ma soltanto quello prodromico alla consumazione di altri reati sessuali. In tal senso Picotti osserva che: “In conformità con le conclusioni raggiunte dopo un’approfondita analisi in altra sede, non deve tuttavia leggersi il “fine tipico” quale mera intenzione soggettiva, solo interna nell’animo o nella psiche dell’agente, come indicherebbe la tradizionale concezione e denominazione di questo genere di formulazioni legali nel nostro ordinamento, secondo cui alluderebbero soltanto ad una speciale “forma” di dolo. Viceversa non si tratta tanto di una qualificazione dell’elemento soggettivo, rilevante ai fini della colpevolezza personale, quanto della definizione dell’interesse causale che deve oggettivamente sorreggere la condotta di “adescamento”, strumentale a conseguirlo, e che contribuisce così a tipizzare così a tipizzare il fatto oggettivo, costitutivo del reato, descritto anche tramite il predetto nesso teleologico. L’elemento soggettivo, in definitiva, puntualizza la stessa offesa oggettiva dei beni giuridici protetti, contrapposti all’interesse perseguito dall’agente nel rapporto instaurato con la vittima, che trova nella qualità di quest’ultima, quale soggetto vulnerabile perché “minore degli anni 16”, oltre che nelle modalità tipiche della condotta strumentale, consistente in “artifici, lusinghe o minacce” specificamente volte a carpire la fiducia di detto soggetto passivo, importanti elementi esteriori per la sua tipizzazione quale fatto costitutivo del reato”.

²⁰ PICOTTI, *Diritti fondamentali nell’uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 2522 ss.

In secondo luogo, il dolo specifico deve trovare appiglio a fatti concreti, affinché vi possa essere una chiara e indiscutibile manifestazione della volontà da parte dell'autore del reato di commettere uno dei delitti enunciati dalla disposizione legislativa. Pertanto il giudice dovrà svolgere una verifica basata su elementi oggettivi che rendono chiara la finalità del soggetto agente. Tale constatazione porta ovviamente ad incertezze interpretative che sono di difficile risoluzione. Basti pensare al caso di un pedofilo, già condannato con la medesima accusa, che successivamente all'espiazione della pena, viene sorpreso dalle forze di polizia in un parco ad offrire una caramella ad un minore di anni sedici senza aver proposto alcunché a quest'ultimo. Ebbene questo potrebbe indiscutibilmente essere considerato come un fatto da incriminare ai sensi dell'art.609 undecies c.p., in virtù anche di un precedente penale? Bastano i precedenti dell'imputato per rendere evidente il dolo specifico di adescamento? Per ultimo il giudice dovrà accertare la concreta idoneità della condotta posta in essere alla realizzazione di uno dei reati sessuali indicati dalla fattispecie in esame.

Giova evidenziare che il reato in disamina rientra, più in dettaglio, nello schema dei "reati a dolo specifico d'offesa", ovverosia tra quei reati la cui offesa non si realizza sul piano oggettivo, ma su quello intenzionale, ritenendo rilevante penalmente una condotta di per sé inoffensiva²¹. A tal riguardo autorevole dottrina mette in guardia dall'introduzione, spesso senza raziocinio, dei reati a dolo specifico d'offesa, in quanto "possono costituire la tecnica più semplice di inquinamento del principio di offensività"²².

²¹ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 375 ss.

²² MANTOVANI, *op. cit.*, p. 375 ss.

2.8. Consumazione e tentativo.

Partendo dall'ipotesi in cui l'adescatore adulto si trovi in una città italiana, l'adescato minore è collocato in una diversa città del nostro Paese, mentre il server sul quale si appoggia il sito internet utilizzato per la condotta illecita si trova all'estero, quale può dirsi il luogo di consumazione del delitto di "adescamento di minorenni".

Si segue la regola generale secondo cui il reato in esame si consuma nel *tempus* e nel *locus* in cui il soggetto agente compie le condotte di adescamento descritte nella fattispecie incriminatrice²³. Tuttavia, soprattutto se la condotta viene posta in essere tramite internet o altri mezzi di comunicazione e ci si trova davanti all'ipotesi suddetta, appare arduo poter individuare l'effettivo luogo di consumazione. Partendo dall'assioma che l'adescamento avviene mediante la comunicazione dei due soggetti coinvolti, l'adescatore e l'adescato, e che la condotta finalizzata alla realizzazione di uno dei delitti menzionati dalla norma, deve essere percepita dal minore/vittima, il *locus commissi delicti* può essere individuato ove il minore si trova, in quanto lì avviene il perfezionamento della dimensione offensiva del fatto.

Inoltre appare assolutamente non inquadrabile il tentato "adescamento di minorenni", in quanto lederebbe il principio di offensività, costituzionalmente garantito, poiché ci sarebbe un eccessivo arretramento della soglia di punibilità, in maniera irragionevole, in virtù anche della discussa anticipazione della rilevanza penale nel caso di reato consumato.

²³ DE BONIS, *Adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in CADOPPI- VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale. Parte speciale. vol. II. I reati contro la persona*, Tomo I, 2014.

2.9. Concorso di persone.

Il concorso di persone, sia esso materiale che morale, secondo la tradizionale bipartizione, non incontra particolari ostacoli. Infatti risponderà di concorso in “adescamento di minorenni” sia chi cooperi al fine di carpire la fiducia del minore, sia chi istighi o determini altri ad adescare un minore per compiere reati di natura sessuale, a condizione che, in entrambi in casi, vi sia in capo al *correo* almeno la colpa in ordine all’età della vittima e si manifesti l’essenza del dolo specifico.

2.10. Unità e pluralità di reati.

Il delitto di adescamento di minorenni rappresenta un reato a più fattispecie, ossia consiste nell’agire con diverse modalità così come individuate dalla stessa norma incriminatrice, realizzando in tal maniera un unico reato e non una pluralità. La molteplicità dei fatti commessi dall’agente non è però priva di rilevanza: ferma restando l’unicità del reato, infatti, “il giudice terrà conto del numero o della gravità dei fatti concreti nella commisurazione della pena all’interno della cornice edittale”. Tuttavia non si potrà negare una pluralità di reati in due occasioni: a) quando la condotta dell’adescatore offende più persone; b) quando la condotta del *reo* offende un’unica persona, ma difetta il requisito della contestualità degli atti. Per “contestualità degli atti” si intende la loro commissione distanziata così tanto l’uno dall’altro, a livello temporale, che risulta impossibile iscrivere le diverse condotte in un unico episodio protrattosi nel tempo.

2.11. Trattamento sanzionatorio.

Il delitto di adescamento di minorenni è punito con la reclusione da uno a tre anni.

Il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 39, prescrive all'art. 609 duodecies un aumento in misura non eccedente la metà nel caso in cui l'adescamento venga posto in essere "con l'utilizzo di mezzi atti a impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche".

Si applicano alla fattispecie di adescamento di minorenni le pene accessorie ex art. 600 septies: "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, nonché dagli articoli 609 bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto o il reato è aggravato dalle circostanze di cui all'articolo 609 ter, primo comma, numeri 1), 5) e 5-bis), 609 quater, 609quinquies, 609 octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto o il reato è aggravato dalle circostanze di cui all'articolo 609 ter, primo comma, numeri 1), 5) e 5-bis), e 609 undecies, è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni, la confisca dei beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato. Ove essa non sia possibile, il giudice dispone la confisca di beni di valore equivalente a quelli che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato e di cui il condannato abbia, anche indirettamente o per interposta persona, la disponibilità. Si applica il terzo comma dell'articolo 322 ter".

Inoltre trovano applicazione le pene accessorie ex art. 609 nonies, comma 1 c.p. (modificato dalla legge 172/2012) successivamente alla condanna e all'applicazione della pena su richiesta di parte per il delitto ai sensi dell'art. 609 undecies c.p.:

“1) la perdita della responsabilità genitoriale, quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato;

2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno;

3) la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa;

4) l'interdizione temporanea dai pubblici uffici; l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque in seguito alla condanna alla reclusione da tre a cinque anni, ferma restando, comunque, l'applicazione dell'articolo 29, primo comma, quanto all'interdizione perpetua;

5) la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte”.

Si aggiunge che qualora il reato sia commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto ne consegue di certo l'applicazione dell'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori (art. 609 nonies, comma 2 c.p.).

2.12. Rapporto con altri reati.

Ci si chiede se in presenza di una violenza sessuale commessa su un minore dopo averlo adescato, il soggetto agente debba essere condannato soltanto per violenza sessuale aggravata dall'età della vittima, o se viceversa debba essere condannato sia per “adescamento di minorenni”, sia per violenza sessuale aggravata, eventualmente uniti dal vincolo della continuazione ai sensi dell'art. 81 c.p. E' infatti problematico se l'art. 609 undecies c.p. possa concorrere materialmente con il reato fine, sia esso nella forma tentata o nella forma

consumata. La dottrina, che sinora si è occupata del tema, propende per il concorso materiale di reati, sulla base di argomentazioni diverse: chi valorizza la non perfetta coincidenza dei beni giuridici tutelati dal delitto di adescamento rispetto ai reati sessuali perseguiti dal *reo*²⁴; chi parla di mera interferenza fra l'adescamento e i reati *fine*²⁵, che lascerebbe spazio all'applicazione di entrambe le norme incriminatrici.

Da non tralasciare è la clausola di riserva presente nell'art.609 undecies c.p.: "Se il fatto non costituisce più grave reato". Essa assume rilievo nelle ipotesi di concorso apparente di reato, ma non di certo potrà essere applicata, in base alle conclusioni suddette, nei casi di concorso materiale tra la fattispecie di adescamento e il delitto scopo. Ciò detto perché non è riscontrabile un fatto unico, bensì una pluralità di condotte autonome ed eterogenee che si susseguono nel tempo. Inoltre si afferma anche il concorso materiale tra l'adescamento e il tentativo del reato *fine*, sempre che si tratti, ovviamente, di atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il reato sessuale e che essi siano autonomi rispetto alla fattispecie di adescamento. Simili conclusioni suscitano delle perplessità. Posto infatti che l'adescamento punisce condotte meramente preparatorie di autentici delitti di natura sessuale a danno di vittime minori, alcuni autori²⁶ ritengono che il conseguimento del *fine* perseguito con l'adescamento rappresenti il risultato di una progressione criminosa, con la conseguenza che il reato più grave dovrebbe "assorbire" il disvalore della

²⁴ STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote*, cit., p. 989 ss.

²⁵ BALZANI, Adescamento di minorenni, in TOVANI-TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale. Aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014*, n. 39, Torino, 2014.

²⁶PIERGALLINI, VIGANÒ, VIZZARDI, VERRI, *Delitti contro la persona*, cit.; PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.) in Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 548; PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, cit., 224; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1980, 190 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961; VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517. Per quanto concerne il principio di consunzione si veda anche GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Heitmann, 1961, 179 ss.; SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, in *Z. Str. W.*, 1963, 43 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlino, 1969, 233 ss.

condotta preparatoria meno grave: e ciò anche tenuto conto delle pene severissime comminate dal legislatore per i reati fine descritti dalla norma in esame. Per giunta non si possono tralasciare taluni studiosi, i quali ritengono che qualora più fatti commessi nei confronti del medesimo soggetto rappresentino più gradi di offesa verso lo stesso bene giuridico, il *reo* risponderebbe soltanto del reato più grave, in base al principio di sussidiarietà e pertanto, in seguito alla realizzazione del delitto scopo, l'adescamento, configurabile come *ante factum*, rimarrebbe non punibile, rimanendo assorbito nel fatto successivamente commesso. A tale orientamento dottrinale si ribatte soffermandosi sul valore discrezionale intrinseco nell'applicazione del principio di sussidiarietà oltre alla lesione del principio di determinatezza²⁷. Si aggiunge, tra l'altro, che il bene giuridico tutelato dall'art 609 undecies c.p. non coincide con quello dei reati fine: infatti la norma introdotta nel 2012 protegge la libera autodeterminazione del minore, vittima di una pressione psicologica. Tale constatazione porta a seguire la conclusione più favorevole del concorso materiale dei reati e l'eventuale attenuazione della sanzione grazie al riconoscimento della continuazione ai sensi dell'art 81 c.p., con il conseguente concorso materiale tra l'adescamento e il tentativo del reato fine. Questa deduzione produce degli effetti, come il risultato dell'incompatibilità dell'aggravante del "nesso teleologico" ex art. 61 comma, 1 n. 2 c.p., poiché è presente una valenza di natura soggettiva dell'aggravante²⁸ stessa che compare già nel dolo specifico della fattispecie dell'adescamento. Ulteriore risvolto giuridico attiene il rapporto di "specialità reciproca" tra l'adescamento e alcuni delitti scopo, ad esempio quello ai sensi dell'art. 609 quinquies comma 2 c.p. rubricato "Corruzione di minorenne" che testualmente recita: "Salvo che il fatto

²⁷ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, cit.*, p. 375 ss.

²⁸ L'aggravante teleologica censura "la maggiore riprovevolezza etica e la più alta pericolosità sociale di chi agisca delittuosamente in rapporto finalistico con ulteriore reato". Cfr. Cass, Sez. I, n. 12707 del 28 dicembre 2006, che giunge a conclusioni analoghe in riferimento alla rapina impropria, considerando l'inapplicabilità dell'aggravante ai sensi dell'art 61 comma 1 n.2 qualora essa sia già intrinseca in un elemento costitutivo del reato.

costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali” e quello di prostituzione minorile di cui all’art. 600 bis, comma 1 n. 1 c.p. : “1) recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto”. Ciò premesso, è possibile che si verifichino due distinte situazioni giuridiche: la prima ipotesi è quella del concorso materiale di reati qualora il delitto scopo risulti autonomo e successivo alla condotta dell’adescamento; altrimenti, qualora si realizzi un fatto materialmente unico, si “chiamerà in causa” la clausola di riserva enunciata dall’art. 609 undecies c.p. Per discernere le due possibili conseguenze occorrerà un’analisi dettagliata da parte del giudice caso per caso.

2.13. Brevi cenni procedurali.

2.13.1. La prescrizione.

A differenza degli altri reati sessuali, con la sola eccezione relativa alle ipotesi nelle quali il giudice ritenga di applicare l’attenuante per i “casi di minore gravità”, in relazione ai quali il legislatore ha disposto il raddoppio dei termini di prescrizione, in base all’art. 157 comma 6 così come modificato dalla L. 172 del 2012, per il delitto di adescamento di minorenni i termini di prescrizione sono quelli ordinari. Il delitto in esame si prescrive dunque nel termine di sei anni in assenza di atti interruttivi e di sette anni e sei mesi in presenza di atti interruttivi²⁹.

²⁹ Il 14 giugno 2017 la Camera dei deputati ha definitivamente approvato la proposta di legge C. 4368, in seguito all’approvazione da parte del Senato, avvenuta il 15 marzo 2017. E’ stata così varata la riforma del codice penale, del codice di procedura penale e dell’ordinamento penitenziario. Essa

La scelta del legislatore di non raddoppiare i termini della prescrizione si fonda sul minor disvalore della fattispecie criminosa in discorso rispetto agli altri delitti a sfondo sessuale, minore gravità che avrebbe reso ingiustificato l'applicazione del medesimo trattamento dei reati di maggiore pericolosità sociale.

2.13.2. Gli istituti processuali.

La competenza per il delitto di adescamento di minorenni è del Tribunale in composizione monocratica ex art. 33 ter c.p.p. La procedibilità è d'ufficio.

Ai sensi dell'art. 609 decies c.p., quando si procede per il delitto in esame il Procuratore della Repubblica deve darne informazione al Tribunale per i minorenni.

Ai sensi dell'art. 266 comma 1 lett. f-bis) c.p.p., così come modificato dall'art. 4 comma 1 d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39, per l'accertamento del delitto di adescamento di minorenni è consentito il ricorso ad intercettazioni telefoniche e telematiche.

riguarda anche la prescrizione: in particolare, per quanto concerne i reati contro i minori, la prescrizione comincia a decorrere dal compimento del diciottesimo anno di età.

Il provvedimento è il risultato dell'unificazione di tre proposte di legge e di diversi disegni di legge: il disegno di legge di iniziativa governativa C. 2798 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena, S. 2067), la proposta di legge Ferranti ed altri C. 2150 (Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato, S. 1844) e la proposta di legge Molteni C. 1129 (Modifiche all'articolo 438 del codice di procedura penale, in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato, S. 2032).

2.13.3. Dubbi di legittimità costituzionale.

In ragione della recente introduzione del delitto ex art. 609 undecies c.p. non si segnalano eccezioni di legittimità costituzionale, sebbene è probabile che in futuro ci saranno problemi che la Corte Costituzionale dovrà affrontare, soprattutto per una presunta violazione del principio di offensività, tenuto conto l'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità da molti criticata.

In conclusione si prospetta un bilancio positivo dell'introduzione legislativa della fattispecie fin qui analizzata e ciò in virtù di un vuoto normativo che prima del 2012 non consentiva al potere giudiziario di tutelare il minore da condotte commesse tramite le tecnologie, ossia non consentiva di andare al pari passo con l'evoluzione tecnica e tecnologica e di rispondere alle nuove esigenze tutelabile penalmente.

3. L'art. 600 ter: pornografia minorile.

Per prima cosa è necessario diversificare il significato di "pornografia minorile" e di "pedopornografia". Il primo termine consiste in una rappresentazione esplicita di soggetti erotici, o perlomeno a sfondo e/o tematica sessuale, raffigurante minori, ossia soggetti di ambo i sessi aventi un'età inferiore ai diciotto anni. La pedopornografia invece è pornografia a danno dei soggetti che non hanno ancora raggiunto la pubertà, ossia la capacità fisico-genetica di riprodursi. Nel nostro ordinamento si riscontra la linea di demarcazione tra i due concetti sopra esplicitati: la maggiore età si raggiunge

con il compimento del diciottesimo anno, mentre la pubertà coincide con il raggiungimento dei quattordici anni³⁰.

3.1. L' art. 600 ter e la legge 269/1998.

Prima di procedere alla disamina dell'art 600 ter c.p. risulta necessario soffermarsi sull'evoluzione normativa a cui la norma è stata sottoposta. Prima dell'entrata in vigore della legge n. 38 del 2006, i delitti connessi alla pornografia a danno dei minori erano disciplinati dalla L. 269/98³¹. Nel precedente quadro normativo si inserisce l'importante disposizione legislativa dell'art. 600 ter c.p. che recitava:

“1. Chiunque sfrutta minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da lire cinquanta milioni a lire cinquecento milioni.

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

³⁰ FACCIOLI, *Minori nella rete. Pedofilia, pedopornografia, deepweb, social network, sexting, gambling e cyberbullismo nell'era digitale*, Key Editore, 2015, p. 13 ss.

³¹ In seguito a molteplici solleciti comunitari ed internazionali, il legislatore italiano dopo l'entrata in vigore della legge 66/1996, con la quale ha introdotto nuove disposizioni in materia di violenza sessuale, è tornato sul tema dell'abuso sessuale a danno dei minori con la legge del 3 agosto 1998 n. 269. Tale testo legislativo ha avuto il merito di introdurre nuove figure criminose quali: il delitto di prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.); la pornografia minorile (art. 600 ter c.p.); la detenzione di materiale pornografico (art. 600 quater c.p.) ed infine le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 quinquies c.p.).

La legge 269/1998, una delle prime in Europa in materia di abuso sessuale sui minori, è frutto di alcune Convenzioni internazionali e Conferenze di stampo europeista e non solo, quali la Convenzione sui diritti del fanciullo dell'ONU (20 novembre 1989), ratificata in Italia con la legge 176/1991 e la Conferenza di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini ai fini commerciali, svoltasi nell'agosto 1996.

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

4. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, consapevolmente cede ad altri, anche a titolo gratuito, materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire tre milioni a lire dieci milioni”.

Soffermandosi sul comma 1 dell'art. 600 ter c.p. risultava di estrema problematicità il dolo specifico, costituito dalla realizzazione di esibizioni pornografiche e dalla produzione di materiale pornografico, accostato al termine “sfruttare”. Si poneva la questione sulla necessità di finalità lucrative da parte del soggetto agente. La dottrina prevalente e parte della giurisprudenza consideravano la condotta di “sfruttamento” orientata giocoforza verso scopi di lucro o commerciali e quindi come configuravano rilevanti penalmente solo quei casi ove l'agente avesse l'obiettivo di trarre un'utilità economica dalla produzione del materiale o dalle esibizioni pornografiche. Questo orientamento precludeva la perseguibilità, in base al diritto penale, delle ipotesi assai frequenti in cui il materiale fosse di produzione artigianale. La dottrina minoritaria, invece, sposava una più ampia lettura, ossia ciò che appariva indispensabile ai fini dell'incriminazione era che l'autore si fosse effettivamente approfittato di minori per realizzare spettacoli e pubblicazioni a carattere pornografico.

Infine, all'interrogativo posto nell'*incipit* del paragrafo hanno trovato definitiva risposta le S.U. della Corte di Cassazione³², che hanno escluso l'esigenza di un fine lucrativo in capo allo sfruttatore del minore e tanto più di un'organizzazione imprenditoriale per la realizzazione del reato in esame. Pertanto, la locuzione "chiunque sfrutta minori degli anni diciotto" va inteso come utilizzo della vittima quale mezzo senza rispettare il suo valore intrinseco. Di conseguenza per l'incriminazione di un soggetto ai sensi del vecchio testo dell'art. 600 ter c.p. era necessario che vi fosse il concreto pericolo della diffusione del materiale pedopornografico³³ rendendo non sufficiente la produzione pornografica destinata a rimanere nella sfera privata di un soggetto³⁴. L'accertamento del pericolo succitato era demandato al giudice caso per caso. L'autorità giudiziaria doveva usufruire di alcuni fattori sintomatici per giungere ad una corretta decisione: l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale rivolta al mercato dei pedofili; il concreto legame dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico; la disponibilità materiale di strumenti tecnici adeguati alla diffusione del materiale oggetto del reato verso un numero di pedofili più o meno elevato; l'utilizzo, sia esso contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico; i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive dell'agente ricollegabili alla diffusione commerciale di pornografica minorile ed infine ulteriori indizi significativi che l'esperienza poteva suggerire.

³² Cfr. Cass. pen. S.U., Sent. n. 13 del 5 luglio 2000.

³³ Cfr. Cass., S.U. cit. "[...] 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 ed immettendolo nel circuito perverso della pedofilia. Il criterio teleologico consente così all'interprete di qualificare la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600 ter c.p. come reato di pericolo concreto. Per conseguenza il reato è integrato quando la condotta dell'agente che sfrutta il minore per fini pornografici abbia una consistenza tale da implicare concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto".

³⁴ Cfr. Cass. S.U. cit. "[...] non appare possibile realizzare esibizioni pornografiche, cioè spettacoli pornografici, se non offrendo il minore alla visione perversa di una cerchia indeterminata di pedofili; così come, per attrazione di significato, produrre materiale pornografico sembra voler dire produrre materiale destinato ad essere immesso nel mercato della pedofilia [...]".

3.2. La riforma della legge 38/2006 e la nuova formulazione dell'art. 600 ter.

“1. 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.

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

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

4. 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

5. 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”.

Il legislatore italiano ha emanato la legge n. 38 del 2006, intitolata "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet”, per due ordini di ragioni: in primo luogo occorre dirimere i dubbi interpretativi inerenti i termini “sfruttare” e

“pornografico” ed in secondo luogo per uniformarsi alla decisione quadro emessa dall’Unione Europea nel 2003³⁵.

Il testo normativo ha apportato due importanti modifiche all’art. 600 ter c.p.: la prima riguarda la locuzione “utilizzando minori degli anni diciotto realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico” in sostituzione di quella “sfrutta minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico”, con il conseguente mutamento dell’elemento soggettivo, in quanto vi è il passaggio dal dolo specifico a quello generico. La seconda modifica è stata l’introduzione della nuova ipotesi delittuosa dell’induzione del minore a partecipare ad esibizioni pornografiche. Per quanto concerne il primo punto oggetto della L. 38/2006 il legislatore ha voluto fugare ogni incertezza relativa alla necessaria finalità lucrativa o commerciale³⁶ per l’incriminazione del vecchio art. 600 ter c.p. così come dettato prima del 2006. È oramai assodato che elemento costitutivo del reato sia l’utilizzazione del minore per la produzione di materiale pornografico minorile o per la realizzazione di esibizioni pornografiche. Invece, per quanto riguarda il termine “pornografico” permangono numerosi dubbi e dunque per la definizione di “pornografia minorile” si doveva far riferimento ad un concetto extragiuridico. Secondo un’interpretazione restrittiva della dottrina la pornografia a danno di minori si poteva individuare nella realizzazione di atti sessuali da parte del minore o sul minore, poiché solamente in questo caso esisteva un effettivo pericolo per il suo sviluppo psicofisico, bene giuridico tutelato già dalla legge del 1998. Secondo una lettura più estensiva, invece, si considerava pornografico ogni oggetto o spettacolo consistente essenzialmente

³⁵ Decisione Quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile.

³⁶ LUPO, *I reati sessuali sui minori a seguito delle leggi di riforma in materia. La nuova disciplina sulla pedopornografia alla luce della legge 38/2006: disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet*, in LORUSSO, MANNA (a cura di), *L’abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla Legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Giuffrè, Milano 2007;21 ss.

in manifestazioni dell'istinto sessuale espresso con la riproduzione, rappresentazione o l'esibizione di organi genitali. Contrasti interpretativi sono emersi anche in giurisprudenza. Il nodo da "sbrogliare" era se il nudo potesse essere considerato "materiale pornografico" anche qualora non fosse legato ad atti sessuali. La Corte di Cassazione³⁷ ha sottolineato che nelle immagini aventi ad oggetto minori ripresi in pose che ne lascino scoperti anche parzialmente la zona mammaria e la zona pubica rileva la valutazione della natura erotica delle pose assunte o dei movimenti del minore al fine della corretta applicazione dell'art. 600 ter c.p. Pertanto un'immagine potrà definirsi pornografica non soltanto quando i soggetti raffigurati compiano atti sessuali, ma anche quando i soggetti siano rappresentati o ripresi in tutto o in parte nudi, purché l'immagine ritratta sia idonea ad eccitare la sessualità altrui. Sembra allora potersi concludere che ciò che è erotico e, quindi, idoneo a stimolare la sessualità altrui, può essere ricondotto nella categoria del pornografico.

Ulteriore quesito a cui la L. 38/2006 non ha fornito una soluzione certa è se la natura del reato sia di pericolo concreto o di danno. Dottrina e giurisprudenza continuavano a chiedersi, infatti, se il produrre il materiale pornografico richiedesse anche il pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto o se, invece, fosse sufficiente soltanto la creazione del materiale pornografico. Inoltre, in base all'interpretazione della norma, la produzione di materiale pornografico ad uso domestico, costituirebbe reato di danno o fatto atipico di reato³⁸. In seguito alla riforma del 2006 la Corte di Cassazione hanno sottolineato quanto già deciso dalle S.U. con la nota sentenza 13/2000. Infatti i giudici di legittimità confermano la natura del delitto ex art. 600 ter c.p., ossia si tratta di reato di pericolo concreto; la *ratio* di tale affermazione giurisprudenziale è nell'impedire la diffusione del materiale tra la cerchia dei pedofili. Ciò detto, il giudice dovrà accertare tale pericolo di volta in volta e di

³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 25464 del 22 aprile 2004.

³⁸ Cfr. Cass. pen. Sez. III, Sent. n. 2781 del 20 novembre 2007.

certo non si potrà ritenere rilevante penalmente l'ipotesi di produzione pornografica destinata solamente all'autore.

Proseguendo con le modifiche apportate dalla legge in discorso da notare è, oltre all'esaminato primo comma, l'aggiunta del verbo "diffondere" nel terzo comma, inserito nel testo normativo dall'art. 2, comma 1, lett. b) della legge succitata. Tale modifica trova spiegazione nella volontà di colmare qualsiasi lacuna legislativa che possa ostacolare la corretta interpretazione della norma. Infatti numerose erano le perplessità sull'applicabilità o meno del comma 3 alla fattispecie concreta che vedeva come protagonista un soggetto che fotografava con lo *smartphone* un minore o una minore per poi dividerle mediante le cd. *chat-line*. Alcuni, sotto la previgente normativa, ritenevano che i frequenti casi aventi le caratteristiche summenzionate si dovessero inquadrare nel quarto comma piuttosto che in quello precedente.

Altra opportuna annotazione concerne il quarto comma modificato dall'art. 2, comma 1, lett. c) della L. 38/2006 in quanto si è aggiunto il termine "offrire" accanto alla condotta della cessione di materiale pornografico ad altri e quest'ultimo non è più quello "prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto", bensì la norma fa espressamente richiamo al materiale "di cui al primo comma"; infine è stato eliminato l'avverbio "consapevolmente", così da far sorgere dei dubbi sulla tipologia dell'elemento soggettivo necessario al perfezionamento della fattispecie criminosa.

A conclusione si noti l'introduzione del comma 4 relativo all'aggravante in caso di ingente quantità di materiale oggetto del terzo e quarto comma del medesimo articolo.

3.3. L'art. 600 ter post riforma del 2012.

La Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1° luglio 2010, ha spinto il nostro legislatore alla stesura della L. 1° ottobre 2012, n.172: essa ha il merito di aver apportato alcuni rilevanti cambiamenti in materia di abuso di minori. L'attuale norma recita testualmente:

“ 1. È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque:
1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;
2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto.

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

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

4. 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.

5. 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.

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

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

La L. 172/2012 nel primo comma ha sostituito la sanzione pecuniaria, da un *range* di 25.822 -258.228 euro si è passati a 24.000- 240.000 euro. Inoltre ancora più significativa risulta l’integrazione della condotta. In particolare:

- a) aggiunge alle esibizioni pornografiche gli “spettacoli pornografici”;
- b) aggiunge all’induzione alla pornografia minorile il reclutamento;
- c) prevede una sanzione anche per chi trae profitto dalle esibizioni e spettacoli pornografici, sebbene non abbia adottato alcuna condotta attiva di cui all’art. 600 ter c.p.

In definitiva la riforma introduce una nuova fattispecie penale a carico di colui che assiste ad esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori, con la correlata sanzione della reclusione fino a 3 anni e della multa da 1.500 a 6.000 euro e peraltro dà una definizione di pornografia minorile, sulla base dell’art. 20, par. 2, della Convenzione, rispondendo così a molteplici dubbi a livello interpretativo.

L’ultimo comma dell’art 600 ter c.p. recita che “per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali”.

3.4. Soggetto attivo.

L'art 600 ter c.p. è un reato comune e quindi l'autore del reato non è determinato come il termine, più volte ripetuto, "chiunque" suggerisce.

In particolare la produzione pornografica consta di due tipologie di soggetti agenti: il primo è il pedofilo, che realizza e scambia materiale pornografico al fine di soddisfare il proprio bisogno sessuale e il secondo è chi, seppur non essendo un pedofilo, realizza tale prodotto allo scopo di trarne profitto. Per capire la rilevanza e la significatività del fenomeno basti pensare che il "mondo della pornografia minorile" è un ambiente a sé, in cui le immagini, i filmati ed ogni altra rappresentazione viene indicizzata in maniera assai diversa rispetto al normale processo, in quanto spesso vengono utilizzati strumenti casalinghi, ad esempio a webcam, per evitare investimenti onerosi per l'autore del reato. Si parla di del c.d. numero oscuro³⁹, cioè di una quantificazione di episodi criminosi di difficile attuazione. A tal proposito l'utilizzo del mezzo telematico crea un problema sulla certezza della giusta individuazione della responsabilità, in ragione del fatto che lo strumento informatico diviene mediatore attraverso cui l'autore del reato compie quella determinata condotta. In concreto, per ovviare a tale difficoltà, è usuale partire da un'attenta analisi dei dati forniti dalle compagnie che gestiscono le connessioni per pervenire alla corretta individuazione dello strumento utilizzato nel compimento delle operazioni. Successivamente, a titolo esemplificativo, si cercherà l' *IP Address* che univocamente venga attribuito al mezzo informatico che il soggetto interessato ha utilizzato in un dato momento e poi, attraverso i cosiddetti *file di log*, ossia file di registrazione, si potrà risalire all'utenza telefonica che ha consentito la connessione, si individuerà quindi l'intestatario dell'utenza e, in seguito ad

³⁹ FACCIOLI, *op. cit.*

ulteriori indagini, si riuscirà a circoscrivere l'attività criminosa al singolo artefice delle operazioni informatiche contestate.

3.5. Soggetto passivo.

Come preannunciato nell'*incipit* la vittima può essere un minore di anni quattordici anni, ed in questo caso si tratta di pedopornografia⁴⁰, oppure un soggetto di età non superiore ai diciotto anni e non inferiore ai quattordici anni e quindi soggetto passivo del reato di pornografia minorile.

3.6. Interesse giuridico tutelato.

Il bene giuridico, e quindi oggetto di tutela della disposizione legislativa, non si differenzia tra le plurime fattispecie dell'art. 600 ter c.p.: esso corrisponde allo *status* di libertà sessuale del minore ed il suo corretto sviluppo psicofisico.

Partendo da ciò che ha intenzione di proteggere il nostro legislatore, si giunge alla ricerca di definire un punto cruciale della trattazione: è necessario che, ai fini della consumazione del reato, il bene giuridico venga effettivamente leso (reato di danno) oppure si ritiene sufficiente la messa in pericolo in concreto dello stesso?

⁴⁰ Cfr. Cass. pen. Sez. III, Sent. n. 10981 del 4 marzo 2010. In virtù della definizione contenuta nell'art. 1 della decisione quadro del Consiglio europeo n. 2004/68/GAI del 22.12.2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile "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".

I giudici di legittimità⁴¹ hanno più volte ribadito la configurabilità del reato in esame come reato di pericolo concreto, in quanto non è richiesto necessariamente l'*eventus damni*, poiché la condotta criminosa può rappresentare anche solo un pericolo concreto di diffusione di materiale pedopornografico. Il giudice dovrà vagliare caso per caso la sussistenza del pericolo anche mediante elementi sintomatici della condotta illecita.

3.7. La condotta incriminata.

La norma 600 ter c.p. si suddivide in plurime fattispecie che, come suddetto, mirano a tutelare il medesimo bene giuridico o meglio la messa in pericolo del bene medesimo.

Andando per ordine, l'art. 600 ter, comma 1 c.p. fa capo a più fattispecie menzionate alla lettera a): la realizzazione di esibizioni o spettacolo pornografici o con la produzione di materiale pornografico; alla lett. b), invece, si sanziona chi recluta o induce minori di anni diciotto. La lett. a) è stata "arricchita" dalla legge 172/2012 grazie all'introduzione del termine "spettacolo". In particolare "esibizione" consiste anche in una rappresentazione non pubblica, che può essere destinata anche ad un solo soggetto, mentre "spettacolo" ha un significato più ampio, ossia si esplica in una rappresentazione pubblica e destinata ad un numero indefinito di soggetti⁴². Riguardo la lett. b), la prima parte della norma ripropone il lessico dell'art. 600 bis, comma 1, punto 1) c.p. in materia di prostituzione minorile. La giurisprudenza ha fornito una decisiva chiave di lettura della terminologia che il legislatore italiano ha deciso di utilizzare: infatti per "reclutamento" si intende

⁴¹ Cfr. Cass. pen., S.U., Sent. n.13 del 5 luglio 2000; Cass. pen., Sez. IV, Sent. n.38967 del 23 settembre 2014.

⁴² www.giustizia.lazio.it: POLIFEMO, *Reati di adescamento e di pornografia in danno di minori commessi con il WEB e fattispecie connesse*, 2016.

il “collocamento” della vittima minore di età nella sfera di chi intende realizzare le rappresentazioni pornografiche o ha intenzione di trarre profitto dalle stesse, mentre l’“induzione” consiste in tecniche persuasive nei confronti del minore o di rafforzamento del suo iniziale intento⁴³ .

Ulteriore problematica dal punto di vista interpretativo riguarda la condotta consistente nel trarre profitto dagli spettacoli pornografici. A tal proposito vi sono due questioni da affrontare: la prima concerne la non necessaria presenza di lucro anche nelle condotte di “reclutamento” e di “induzione”; la seconda invece fa riferimento alla riconducibilità al vantaggio economico solo degli spettacoli e non delle esibizioni. Tale scelta non trova ragionevole risposta e comprensione sia in dottrina che in giurisprudenza, tuttavia, al fine di non ledere il principio di tassatività, l’interprete non può non tenere conto di questa chiara esclusione.

Il comma 2 sanziona “chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma”. Il legislatore dà la medesima rilevanza penale delle condotte del primo comma, che hanno in comune la medesima entità di pena, e pone l’accento sulla condotta criminosa di “predisposizione di un’attività di impresa, con adeguati strumenti di distribuzione nella prospettiva di un’offerta del prodotto (pedopornografico) destinata a durare nel tempo”⁴⁴ .

Il terzo e complesso comma invece punisce chi, escluse le ipotesi dei commi precedenti, “distribuisce”, “divulga”, “diffonde” o “pubblicizza” il materiale pornografico di cui al primo comma o ancora colui che “distribuisce” o “divulga” notizie o informazioni per adescare o sfruttare sessualmente i minori di anni diciotto, in più si aggiunge che tali illeciti penali possono essere realizzate con qualunque mezzo, anche quello telematico. Ciascuno dei comportamenti assume un significato ben chiaro: per distribuzione si intende una diffusione fisica del materiale pornografico a danno di minori attraverso la

⁴³ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 11835 del 2008.

⁴⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 2421 del 13 giugno 2000.

condivisione con un numero definito o indefinito di destinatari; mentre la diffusione, la divulgazione o la pubblicizzazione consistono nella messa a disposizione del materiale pornografico di un numero indefinito di soggetti. Pertanto tali condotte presuppongono l'utilizzo di mezzi che rendano i documenti oggetto del reato disponibili ad una pluralità di soggetti; infine il significato di "distribuzione o divulgazione di notizie od informazioni finalizzate all'adescamento od allo sfruttamento sessuale di minori" è quello di comunicazione di dati ad un numero di soggetti indeterminato attraverso cui il soggetto agente possa raggiungere gli obiettivi prefissati e menzionati dalla norma in analisi. A tal riguardo la Sezione III della Cassazione penale con la sentenza n. 5692 del 17 dicembre 2013 ha sottolineato che le notizie od informazioni non debbano necessariamente rivestire il carattere della verità.

I giudici di legittimità con la sentenza n. 4900 del 3 febbraio 2003 chiariscono che "affinché vi sia divulgazione o distribuzione occorre, che l'agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo "privilegiato" come può essere una *chat-line*, 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 il giudice dovrà analizzare il singolo caso e verificare se si tratti di una comunicazione "aperta" o "chiusa". Si può concludere che si esclude la configurazione del terzo comma dell'art. 600 ter c.p. nell'ipotesi in cui vi sia una trasmissione diretta tra due utenti, i quali devono essere necessariamente d'accordo sulla trasmissione del materiale; appare più idonea l'applicazione del 4 comma della norma in questione. A proposito di quest'ultimo menzionato capoverso, di recente introduzione, esso sancisce la rilevanza penale per chi offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma. Tale punto appare di più facile applicazione ed interpretazione rispetto a come effettivamente è: emblematica è la sentenza del 18 febbraio

2016 n. 11675, pronunciata dalla Cassazione penale, sezione III. Il caso di specie vede come protagonista una minorenni che si autoscatta, di propria iniziativa, delle foto pornografiche (c.d. sexting) e che, volontariamente, le cede ad altri; questi ultimi, a loro volta, inviano le foto ad altri soggetti. A questo punto chi ha ceduto i *file* a terzi viene sottoposto ad un procedimento penale in cui il capo di imputazione è l'art. 600 ter c.p., comma 4. Il Tribunale per i minorenni di L'Aquila, però, dichiara non “doversi procedere” nei confronti degli imputati per l'insussistenza del fatto, ritenendo non applicabile alla fattispecie concreta l'art. 600 ter c.p., comma 4; a motivazione di ciò viene evidenziato che tale norma sanziona la cessione di materiale pedopornografico “a condizione che lo stesso sia stato realizzato da soggetto diverso dal minore raffigurato”, mentre nel caso in disamina le foto che ritraggono la minorenni sono state scattate da quest'ultima, senza l'intervento di alcuno, per poi essere cedute a terzi sempre su iniziativa della minore. *Ergo*, il Tribunale competente ha ritenuto l'inapplicabilità dell'art. 600 ter c.p., in quanto non si può affermare che la presunta vittima fosse stata “utilizzata da terzi soggetti; dal che, l'impossibilità di inserire la fattispecie concreta nell'ipotesi di reato ascritta, pena una palese analogia in *malam partem*”. In seguito il Pubblico Ministero propone ricorso per cassazione contro la decisione del Tribunale dell'Aquila, adducendo come ragione l'erronea applicazione della legge penale, poiché l'art. 600 ter c.p., comma 4, si applicherebbe quando l'oggetto della cessione corrisponde a materiale pornografico riprodotto minori “senza richiedere che lo stesso sia stato realizzato da terzi soggetti utilizzando i minori medesimi”. A tal punto la Suprema Corte, però, rigetta il ricorso dichiarando che “il fondamento dell'intera previsione debba esser rinvenuto nel primo comma, invero decisivo per l'interpretazione anche dei successivi”. Inoltre la Corte ha richiamato quanto pronunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13 del 5 luglio 2000, la quale secondo il Collegio “costituisce baluardo interpretativo imprescindibile anche per le versioni successive, compresa quella ad oggi vigente”. In particolare, il provvedimento si sofferma sull'interpretazione del

verbo “sfruttare”, allora impiegato, ossia esso va inteso “nel significato di utilizzare a qualsiasi fine (non necessariamente di lucro), sicché sfruttare i minori vuol dire impiegarli come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sè: significa insomma offendere la loro personalità, soprattutto nell'aspetto sessuale, che è tanto più fragile e bisognosa di tutela quanto più è ancora in formazione e non ancora strutturata”. Quanto detto è una lettura della norma che si presta ad essere adottata anche alla luce delle evoluzioni legislative sino ad arrivare all’odierna condotta di “utilizzo”. In seguito le Sezioni Unite hanno sottolineato che, per contrastare il fenomeno dell’abuso dei minori, il legislatore ha voluto punire anche le condotte prodromiche alla pedofilia, quali l'incitamento della prostituzione minorile, la diffusione della pornografia minorile e la promozione del “turismo sessuale” relativo ai minori. Adducendo tali argomentazioni il giudice di legittimità dichiara che il presupposto, prima logico e poi giuridico, della configurazione dell’art. 600 ter c.p. al caso concreto è che l'autore della condotta sia soggetto altro e diverso rispetto al minore da lui utilizzato; alterità e diversità che nel caso summenzionato non si possono riscontrare e pertanto manca un elemento imprescindibile per l’applicazione dell’art. 600 ter c.p. La medesima constatazione si allarga anche al comma 4 del medesimo articolo, oggetto del ricorso per cassazione. Questa conclusione risponde inoltre al dettato normativo ove afferma nel comma 4 che l’oggetto materiale del reato è individuato nel “materiale pornografico di cui al comma 1. Nel dettaglio, il comma 1 richiamato dai successivi 2, 3 e 4 si riferisce esclusivamente al materiale pornografico minorile formato attraverso l’utilizzo dei minori ad opera di terzi; l’*incipit* del punto n. 1) dello stesso comma cita “utilizzando minori di anni diciotto”, sottolineando la strumentalità dell’utilizzazione del minore e quindi inquadrandolo come elemento costitutivo della fattispecie e non la corrispondenza della stessa come momento consumativo. Questo accento normativo è presente e costante anche nei successivi commi, pertanto il *quomodo* dell’azione è sempre e comunque lo sfruttamento dell’infradiciottene da parte di un terzo con il concreto pericolo,

trattandosi di un reato di pericolo concreto, della diffusione del prodotto medesimo. Le suindicate affermazioni e considerazioni vengono avallate anche da ulteriori dati normativi, quali ad esempio l'art 602 ter c.p., ossia la disciplina delle circostanze relative ai delitti contro la personalità individuale: le circostanze aggravanti presuppongono tutte l'alterità e la diversità della persona offesa rispetto al *reo*. L'art. 602 ter c.p. si applica anche all'art. 600 ter c.p. così come menzionato nel comma 1 e tale applicazione si estende a tutti i commi della fattispecie di "pornografia minorile". Quanto definito consente di rafforzare l'interpretazione e la lettura della norma in disamina, secondo cui il presupposto che permea l'integrale articolo 600 ter c.p. è l'utilizzazione del minore, anche se a titolo non oneroso, ad opera di un terzo e quindi anche nel caso di cessione del materiale pornografico al fine di produrre materiale pedopornografico. Dunque il Collegio ritiene che la sentenza del Tribunale per i minorenni debba esser condivisa ed esclude la sussistenza del reato in capo a tutti i ricorrenti. Una diversa lettura sarebbe sia in contrasto con quella conforme alla *ratio* e al testo della norma in esame e sia non conforme con il divieto dell'analogia in *malam partem*.

Infine l'ultima condotta sanzionabile è quella enunciata dal comma 6 dell'art. 600 ter c.p., aggiunto con l'art. 4 comma, lett. h), n. 2 della legge 172/2012. Esso recita: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000". Questa importante novità rende ancora più pregnante la fattispecie criminosa e dà, con forza, una risposta alle sollecitazioni internazionali ed europee. In riferimento al concetto di coinvolgimento del minore, deve intendersi qualsiasi partecipazione della vittima, anche passiva, come nel caso di un minore che funge solamente da spettatore: anche in questo caso vi è una lesione della sfera di libertà sessuale del soggetto passivo e pertanto rimane

bisognoso di tutela normativa⁴⁵. Si aggiunge che si esclude la punibilità di colui che da casa vede un film pedopornografico, poiché è imprescindibile che il soggetto agente assista allo spettacolo o all'esibizione solo dal vivo.

3.8. L' elemento soggettivo.

Come suddetto, in seguito alle modiche della L.38/2006, al fine della realizzazione del reato ai sensi dell'art.600 ter c.p. non è più necessario il dolo specifico, ma il dolo generico. In particolare il comma 3 è stato oggetto di numerose sentenze. Elemento problematico sono soprattutto programmi di *file sharing*. Tali programmi consentono l'acquisizione di materiali (file-immagine o file-video) attraverso il meccanismo della condivisione: contestualmente al *download* vi è la messa a disposizione, in via automatica, del medesimo file scaricato ad altri utenti, i quali potranno scaricare il medesimo documento attraverso la procedura dell'*upload*. Tale procedura informatica trascina con sé numerosi interrogativi sull'elemento soggettivo in capo al soggetto che compie le succitate operazioni, in quanto, come già menzionato, la giurisprudenza pone l'accento sulla necessità di un ulteriore presupposto rispetto la semplice attività di scarico e la contestuale condivisione: infatti qualora sussista solamente questo elemento potrebbe essere imputato al soggetto agente tutt'al più il meno grave art. 600 quater c.p. e non di certo il comma 3 dell'art. 600 ter c.p. A tal proposito giova menzionare la nota sentenza della Corte di Cassazione penale, Sez. III. n. 42433 del 4 maggio – 7 ottobre 2016, la quale ha il merito di aver approfondito alcuni aspetti del delitto di “pornografia minorile” precisando

⁴⁵Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 10068 del 12 dicembre 2008.

quali sono i presupposti per la configurabilità della fattispecie di reato di cui all' art. 600 ter comma 3 c.p. Il caso di specie riguarda la condanna sia in primo che in secondo grado di un uomo per i reati di cui all' art. 600 ter c.p. Il primo capo di imputazione riguarda la diffusione per via telematica materiale pornografico realizzato utilizzando dei minori di anni diciotto, ai sensi dell'art. 600 ter c.p. comma 3, il secondo invece riguarda l'art. 600 quater c.p., in quanto il soggetto agente si è consapevolmente procurato ed ha consapevolmente detenuto materiale pornografico realizzato utilizzando minori con età inferiore ai diciotto anni: si tratta di bambine ritratte a compiere atti sessuali con adulte in due distinti filmati.

La Corte di Appello di Genova ha ritenuto accertato il dolo sia nella detenzione del materiale pornografico, in virtù del trasferimento dello stesso dal disco rigido dei computer dell'imputato su supporti mobili di più sicura e lunga durata e della sottoscrizione di questi ultimi da parte del *reo* mediante firma sul supporto magnetico, sia nella diffusione dei *file*, in conseguenza dell' uso da parte del ricorrente del software *E-mule*, uno strumento di *file sharing* che acquisisce e contestualmente diffonde. Successivamente l'imputato ricorre in Cassazione e quest'ultima accoglie in parte il ricorso in quanto ritiene non configurabili la fattispecie ai sensi del comma 3 dell'art. 600 ter c.p., ma solo l'art. 600 quater c.p. A motivazione di ciò la Suprema Corte asserisce che ai fini dell'applicazione della sanzione prevista al comma 3 del reato di "pornografia minorile" non basta l'utilizzazione di programmi di *file sharing*, ma occorre che sussistano ulteriori elementi indicativi della volontà di divulgazione o diffusione dei *file*. In particolare la Suprema Corte, facendo riferimento a sue precedenti decisioni⁴⁶, ritiene che in tema di pornografia minorile la sussistenza

⁴⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 19174 del 13 gennaio 2015: nel caso di specie la consapevolezza e volontà di divulgazione è stata desunta dalla condivisione per lungo tempo di alcuni *file* scaricati e dal loro effettivo download da parte di altri utenti; sez. F, n. 46305 del 7 Agosto 2014, secondo cui "è configurabile il dolo generico nella condotta del navigatore in internet che non si limiti alla ricerca e raccolta di immagini e filmati di pornografia minorile, tramite programmi di *file-sharing* o di condivisione automatica, come il programma *Emule*, ma operi una selezione del materiale scaricato,

del reato di cui all'art. 600 ter, comma 3, c.p. deve essere esclusa nel caso di semplice utilizzazione di programmi di *file sharing* che comportino l'acquisizione e la condivisione con altri utenti nella rete internet di *file* contenenti materiale pornografico minorile, qualora non si riscontrino ulteriori indizi della volontà dell'agente di divulgare tale materiale. La Corte d'Appello affermando l'applicazione dell'art. 600 ter, comma 3 c.p. e di conseguenza accertando la volontà dell'imputato di divulgare i filmati acquisiti via web, utilizzando il programma *E-mule*, non ha preso in considerazione le affermazioni dell'imputato, il quale ha dichiarato di aver prima scaricato più *file* e in un secondo momento ha effettuato una scrematura degli stessi. D'altronde non si è tenuto in considerazione per la decisione il dato che il file incriminante è stato trovato nella cartella di *default* del programma *E-mule*, cioè la cartella creata dal programma all'atto della sua installazione sul computer. Pertanto, in base ai presupposti necessari per la sanzione corrispondente alla condotta disciplinata dal comma 3 dell'art. 600 ter c.p., la Corte di Cassazione non ha potuto verificare in maniera incontrovertibile né l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato e né tantomeno l'effettiva diffusione o divulgazione del file video e quindi non vi è certezza della illiceità del comportamento dell'imputato.

Posto quanto richiamato, l'interprete al fine di un corretto giudizio utilizza determinati criteri quali la quantità del materiale scaricato, i tempi di mantenimento dei file nella cartella di condivisione, lo spostamento e catalogazione parziale del materiale in altre dislocazioni informatiche e le ricerche mirate svolte nell'ambito del programma di *file-sharing*.

inserendolo i prodotti multimediali in una apposita cartella di condivisione personalizzata"; Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 44065 del 10 novembre 2011, ha confermato che l'utilizzo di programmi che comportino l'automatica condivisione dello stesso con altri utenti, ai fini dell'acquisizione per mezzo della Rete di materiale pedopornografico non implica *sic et simpliciter* la volontà dell'autore del reato di divulgare detto materiale.

3.9. Consumazione e tentativo.

In seguito alle modifiche apportate dalla legge 38/2006 all'art. 600 ter c.p. comma 1, il reato si consuma nel momento in cui l'esibizione pornografica o lo spettacolo pornografico vengono realizzati o quando il minore viene reclutato o indotto a parteciparvi o quando il materiale pornografico viene prodotto. Non appare sufficiente la commissione di un'attività puramente preparatoria in quanto si andrebbe a delineare il tentativo di reato, il quale è ammissibile nella fattispecie in analisi.

Per quanto riguarda il comma 2, si delineano due orientamento dottrinali: uno fautore della necessaria abitudine del reato ai fini della consumazione del reato e l'altro invece che esclude la stessa. Partendo dal primo pensiero⁴⁷ si evidenzia l'espressione "fare commercio" che implicherebbe implicitamente una continuità di condotte ripetute nell'arco temporale e di conseguenza ai fini della consumazione occorrerebbe una pluralità di azioni di cessione del materiale pornografico. Ciò che è determinante per il perfezionamento della fattispecie in questione è la reiterazione della condotta tipica e pertanto il singolo atto dispositivo di file incriminati costruirebbe solo un'ipotesi di tentativo. L'altro versante dottrinale⁴⁸ invece invoca il requisito organizzativo, come uno presupposto per inquadrare anche il singolo atto di vendita come condotta sanzionabile ex art. 600 ter, comma 2 c.p. Inoltre secondo taluni, non sarebbero neppure essenziali una o più cessione a titolo oneroso, quanto piuttosto, in virtù

⁴⁷ FARINI, *La pornografia minorile*, in TOVANI, TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale: aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 643 ss.; CADOPPI, *Sub art. 600 ter*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale della legge contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 2006, p. 164; DE BERNARDI, *Sub art. 600-ter*, in MARINI-LA MONICA-MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Utet, Torino 2002, p. 2905; SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida dir.*, 1998, p. 48; DELSIGNORE- BIANCHI, *Detenzione di materiale pedopornografico*, in A. CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, Utet, Torino, 2010, p. 447 ss.

⁴⁸ Si veda APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento dei minori*, Cedam, Padova, 2006, p. 215.

del requisito succitato, una struttura di tipo aziendale ove si realizzi un'offerta al pubblico di tale materiale o di gestione della domanda. Tuttavia la stessa *littera legis* suggerisce la natura abituale della fattispecie, proprio perché parla di commercio e pertanto è indispensabile la commercializzazione dell'attività nonché più azioni di vendita: si parla infatti di una cessione di materiale pornografico ad un'ampia platea di destinatari. Ciò definito il tentativo è configurabile, anche in caso di mancata vendita, con la presenza di un'organizzazione idonea e diretta in modo non equivoco al commercio del materiale, così come appare integrato l'art. 600 ter, comma 2 c.p. in combinato disposto con l'art. 56 c.p. qualora vi sia la mancata riuscita della vendita per intercettazione del materiale.

Si pone la questione se, al fine del perfezionamento del reato, sia necessaria la diffusione. In base ad un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato si ritiene indispensabile che il materiale pornografico sia destinato ad una cerchia di un numero indeterminato di persone. Pertanto il termine "produzione" viene inteso in senso ampio in quanto trascina con sé quello di "diffusione." Lo stesso presupposto compare in riferimento al momento consumativo dell'art. 600 ter, comma 3 c.p. Infatti le condotte di "distribuzione", "divulgazione", "diffusione" o "pubblicizzazione" del materiale si perfezionano nel momento in cui sussiste il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico⁴⁹. Ciò significa che l'agente deve porre le condizioni atte alla propagazione del materiale verso un numero indefinito di destinatari, a prescindere dall'effettiva diffusione dell'oggetto materiale del reato. La giurisprudenza è incerta sulla natura abituale della disposizione in questione: infatti in alcune pronunce il delitto previsto dal comma 3 avrebbe natura abituale, sebbene si possa esplicitare nelle varie forme previste dalla norma⁵⁰, mentre in altre sentenze si ritiene integrata la fattispecie anche nel caso

⁴⁹ MARANI- FRANCESCHETTI, *I reati in materia sessuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 220-221.

⁵⁰ A favore del carattere abituale della fattispecie Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 33196 del 4 giugno 2004-2 agosto 2004.

di un solo atto⁵¹. Per quanto concerne il tentativo, alcuni autori lo ammettono in virtù della condotta plurisussistente⁵² e quindi sarebbe suscettibile di un frazionamento dell'azione; altri invece la escludono sulla base dell'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità⁵³.

Rispetto al comma 4 invece, il delitto si consuma al momento del trasferimento del materiale o quando lo ceda ad uno o più soggetti singolarmente individuati. Tuttavia, come sopra ricordato, occorre che chi adotta i comportamenti sanzionabili sia una persona diversa da quella rappresentata nel materiale pornografico. Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 56 c.p. si ritiene ammissibile⁵⁴, sebbene alcuni asseriscano, anche in questo caso, l'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità⁵⁵.

In conclusione, come ricordato precedentemente (Cfr. 2.4), la L.172/2012 ha dato ancora più vigore alla repressione del reato di pornografia minorile aggiungendo il sesto comma. In questo caso il reato si perfeziona già nel momento in cui il *reo* assiste soltanto ad esibizioni o spettacoli pornografici in cui le vittime siano dei minorenni. Il tentativo è ammissibile.

3.10. Concorso di norme e concorso di reati.

I primi due commi dell'art. 600 ter c.p. non prevedono alcuna clausola di sussidiarietà, pertanto bisognerà fare riferimento agli ordinari criteri

⁵¹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n.698 del 30 novembre 2006-16 gennaio 2007.

⁵² PICOTTI, Sub *art. 600 ter*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, p. 205; APRILE E., *I delitti contro*, cit., p. 227; DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p. 459; FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2013, p. 168 ss.

⁵³ Così CANTAGALLI, *Il delitto di pornografia (art. 600-ter, terzo, quarto e quinto comma, c.p.)*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 480.

⁵⁴ CADOPPI, Sub *art. 600-ter*, cit., p. 222; APRILE, *I delitti contro*, cit., p. 39; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 375 ss.

⁵⁵ Così CANTAGALLI, *op. cit.*, p. 484; FIANDACA- MUSCO, *op. cit.*, p. 168 ss.

interpretativi.⁵⁶ La dottrina maggioritaria ritiene che gli illeciti ivi previsti non possano concorrere tra loro e che le condotte tipiche ulteriori e successive rispetto alla prima rappresentino un *post factum*⁵⁷, ciò a garanzia sia dell'unicità dell'oggettività giuridica protetta che l'identità della pena.

Assai più discusso è il comma 3 della norma in esame. Qualora la produzione contenga, almeno potenzialmente, il diffondere, si comprende perché chi produce materiale pornografico e poi lo diffonde, risponde, in forza del principio di sussidiarietà, solo del reato di cui al primo comma dell'art. 600 ter c.p. Sempre in ossequio all'unicità del reato, nell'ipotesi in cui il soggetto agente, con una sola azione, diffonda sia materiale pornografico che notizie o informazioni finalizzate allo sfruttamento o all'adescamento di minori, la dottrina prevalente è fautrice dell'applicazione del principio di assorbimento, mentre taluni studiosi affermano il concorso formale o materiale di illeciti, in ragione della diversità dell'oggetto materiale del reato⁵⁸.

Tuttavia qualora il fatto tipico non sia sovrapponibile, come nel caso di produzione di materiale pornografico e la diffusione di notizie o di informazioni finalizzate all'adescamento, la dottrina, in virtù della presente clausola di riserva, sostiene che la condotta del comma 3 assumerà i caratteri di un *ante factum* o un *post factum*.

Si applica il criterio di sussidiarietà nelle seguenti ipotesi: l'art. 600 ter, comma 3 c.p.: esso contiene una clausola di riserva, ossia "al di fuori delle ipotesi di cui al primo e secondo comma", pertanto non si ritiene possibile un concorso tra le disposizioni nominate⁵⁹ per la residualità della fattispecie disciplinata; l'art. 600 ter, comma 4 c.p., che punisce invece la condotta di

⁵⁶ DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p.67.

⁵⁷ Così PITTARO, *Le norme contro la pedofilia*, A) *Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen., proc.*, 1998, p. 1226. *Contra* GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600-ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater1 c.p.)*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento sessuale dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007, p.441.

⁵⁸ Si veda DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p. 468.

⁵⁹ DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit. p. 467.

“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”. Anche tale disposizione contiene una clausola di riserva, “al di fuori delle ipotesi di cui al primo secondo e terzo comma”, che, anche in questo caso, declassa la fattispecie ad una di tipo residuale rispetto a quelle precedenti, impedendo il concorso delle medesime.

Nei casi in cui vi sia una cessione a titolo oneroso ciò che determina l'applicazione del quarto comma da quella del più grave comma 2 è che in quest'ultimo caso è richiesto un'attività imprenditoriale, seppur embrionale, mentre nella prima ipotesi sono operazioni contraddistinte dal carattere di occasionalità, ad esempio come il caso di una vendita del materiale pornografico, raffigurante minori, ad un amico.

In via generale, in tema di unitarietà di reati o della pluralità degli stessi occorre partire dal concetto di concorso apparente di norme. Il concorso apparente di norme consiste in una apparente riconducibilità a più fattispecie criminose, ma in realtà la situazione di fatto viene disciplinata solo da una specifica norma. La linea di demarcazione tra il concorso reale e quello apparente è la differenza tra omogeneità o eterogeneità dei fatti di reato: al fine della risoluzione della questione giuridica si chiamano in aiuto dei criteri indicativi ed esplicativi: il criterio di specialità, il criterio di sussidiarietà ed, infine, il criterio di consunzione o, assorbimento.

Il criterio di specialità, unico previsto dal codice penale all'art. 15 c.p., si esplica in un rapporto di genere a specie: la norma speciale possiede tutti gli elementi della norma generale, ma si differenzia da quest'ultima per un certo *quid pluris* o *quid novis*. Qualora ambedue le norme presentino elementi nuovi o specializzanti rispetto all'altra si configura la c.d. specialità reciproca ed il criterio di specialità non può essere applicato. In tali casi si utilizzerà o il criterio di sussidiarietà o di consunzione caratterizzata dall'applicazione della norma più grave in ragione del maggior disvalore sociale del fatto. La Terza Sezione

Penale della Corte di Cassazione (Sent. n. 1814/2008) si è trovata dinanzi ad un caso in cui l'imputato veniva sottoposto a processo per aver scattato delle foto in pose provocanti a delle baby modelle. La Suprema Corte ha affrontato la tematica del concorso dell'art. 600 ter c.p. dall'art. 600 quater c.p., evidenziando come "il Legislatore abbia inteso punire la detenzione del materiale pornografico che costituisce l'ultimo anello di una catena di variegate condotte antiggiuridiche, di lesività decrescente, iniziate con la produzione dello stesso e proseguita con la sua commercializzazione, cessione, diffusione ecc. [...]. In tale contesto deve escludersi dal novero dei soggetti attivi coloro che hanno prodotto il materiale ed in relazione ai quali la detenzione costituisce un post factum non punibile. Il rapporto tra le due norme è risolto dalla clausola di riserva espressa inserito nello art. 600 quater c.1. c.p. la quale impedisce che il soggetto, che ha realizzato alcune delle condotte previste dall'art. 600 ter c.p. possa essere chiamato a rispondere anche della fattispecie di detenzione di materiale pornografico; il conflitto apparente di norme è superato in favore della applicazione della più grave (art. 600 ter c.p.)". Nel caso in esame sussiste un'ipotesi di concorso apparente di norme per assorbimento, con la conseguenza che la norma con un disvalore sociale più elevato assorbe quella con la violazione meno grave. Si tratta di situazioni ove il fatto penalmente rilevante meno grave risulta essere un passaggio obbligato o eventuale per la realizzazione di quello più grave, ossia circostanze fattuali costituite da condotte antecedenti o successive ad uno specifico fatto criminoso e, usualmente, ad esso accessorie. L'antefatto e il post-fatto non punibili sono reati che costituiscono la logica premessa o il logico esito di ulteriori illeciti penali: rispettivamente si identificano come il mezzo per commettere un fatto più grave e come lo strumento per raggiungere lo stato che rappresenta il motivo della commissione del reato più grave. Nel caso specifico, si è verificato proprio un concorso di reati, in particolare, degli artt. 600 ter, terzo comma, e 600 quater c.p. La prima disposizione punisce, come già ricordato, chi distribuisce, divulga, diffonde o

pubblicizza materiale pedopornografico, mentre la seconda sanziona chiunque si procuri o detenga materiale del medesimo genere.

L'art. 600 quater c.p. contiene espressamente una clausola di riserva, "al di fuori delle ipotesi previste dell'art. 600 ter", attraverso la quale rende impossibile il concorso delle due fattispecie, così inquadrando la detenzione come un *post factum* non punibile. A tal proposito, la Corte di Cassazione, Sez. II, in un'interessante pronuncia del 2008, la n. 36364, poi confermata dalla sentenza n. 35696 della Cassazione Penale, Sez. III, 3 ottobre 2011, ha chiarito che la condotta di detenzione, cui all'art. 600 quater c.p. può concorrere con quella di cessione di cui all'art. 600 ter c.p., comma 3, trattandosi di condotte completamente diverse anche se offendono lo stesso bene giuridico e, proprio perché non sono sovrapponibili, non si può parlare di conflitto apparente di norme, bensì di un concorso materiale di reati. Ne consegue che la detenzione di materiale pornografico minorile debba considerarsi semplicemente un *antefatto* non punibile e che per tal motivo vada assorbito nel delitto di cessione, senza integrare un'autonoma fattispecie di reato. Per tutto quanto detto, si può concludere affermando che, la condotta inquadrata nella fattispecie di cui all'art. 600 quater c.p., deve essere assorbita in quella di cui all'art. 600 ter c.p., riconoscendo così l'esistenza di una progressione criminosa o un assorbimento.

In chiusura si ritiene ormai certa l'ammissibilità del concorso tra i delitti di pornografia minorile e quello di violenza sessuale. Invece discussi sono i rapporti tra i primi e l'art. 600 c.p. ("Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù"). I due illeciti penali sono strettamente contigui e per la maggioranza sovrapponibili: pertanto gli eventuali conflitti dovranno essere risolti applicando il principio di specialità e nel rispetto del divieto del *ne bis in idem* sostanziale, ossia l'impossibilità di punire il medesimo soggetto due volte per il medesimo fatto.

3.11. Trattamento sanzionatorio.

La sanzione prevista dal comma 1 dell'art. 600 ter c.p. è la reclusione dai sei a dodici anni e la multa da euro 24.000 a 240.000.

L'art. 600 ter, comma 5 prevede un'aggravante ad effetto speciale ovvero:

“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. La *voluntas legis* espressa dalla legge 38/2006, ovvero quella di applicare tale aumento di sanzione soltanto in riferimento alle condotte tipiche dei commi 3 e 4, è stata prepotentemente criticata dalla dottrina poiché non si spiega come sia possibile sanzionare più gravemente azioni più lontane dall'utilizzazione diretta del minore⁶⁰ rispetto a quelle più prossime.

Si considera la natura indefinita dell'aggravante poiché non si individuano i parametri per definire cosa si intende per “ingente quantità”. In ogni caso si può ritenere che si tratti di un'abbondante, copiosa e notevole quantità di materiale pornografico, idonea ad essere destinata ad una larga cerchia di pedofili.

L'art. 602 ter c.p., in seguito alla riforma della legge n.172/2012 che ha spostato le aggravanti prima inserite nell'art. 600 sexies c.p., e al d.lgs 4 marzo 2014, n. 39 prevede ai commi 3,5,6,7,8, e 9 alcune circostanze aggravanti speciali che si applicano a tutte le condotte ex art. 600 ter c.p.; solo il comma 4 dell'art. 602 ter c.p. è riferibile al comma 1 dell'art. 600 ter c.p. L'art. 602 ter c.p. dispone che la pena è aumentata da un terzo alla metà qualora il fatto venga commesso con violenza o minaccia (comma 3); da un terzo alla metà qualora il fatto sia commesso approfittando della situazione di necessità del minore (comma 4): si sottolinea che per stato necessità si debba intendere la causa di giustificazione ex art. 54 c.p. e lo stato di bisogno come definito dall'art. 1448 c.c., ossia la situazione di debolezza o mancanza materiale o morale idonea a

⁶⁰ CANTAGALLI, *Il delitto di pornografia*, cit. p. 490.

condizionare la volontà della persona⁶¹; dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso in danno ad un minore di anni sedici (comma 5); dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso da un ascendente, dal genitore adottivo o dal loro coniuge convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o dalla persona a cui il minore è stato affidato per cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da pubblici ufficiali incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni; se il fatto è commesso in danno ad un minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata; dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso mediante somministrazione di sostanze alcoliche, narcotiche, stupefacenti o comunque pregiudizievoli per la salute fisica o psichica del minore ed infine se è commesso nei confronti di tre o più persone.

La pena è aumentata fino ad un terzo se il reato è commesso da più persone riunite; se il reato è commesso da parte di chi fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività; se il fatto è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave (art. 602 ter comma 8 c.p., introdotto dal d.lgs 39/2014).

La pena è aumentata fino a due terzi nei casi in cui il reato sia compiuto "con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche (art. 602 ter comma 9 c.p.).

"Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui alla presente sezione, 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" (ultimo comma). Il dettato normativo in questione deroga il principio del bilanciamento fra attenuanti ed aggravanti, ad eccezione degli artt. 98 e 114 c.p.: ciò significa che non si applica la regola ex

⁶¹ Cfr. Cass. pen., Sez V, Sent. n. 4012 del 15 dicembre 2005-1° febbraio 2006.

art. 69 c.p., e che la diminuzione della pena viene apportata alla sanzione così aumentata dalle aggravanti. La *ratio* della disposizione sta nell'escludere il rischio che l'aggravio sanzionatorio possa essere neutralizzato dal concorso di eventuali diminuenti.

La pena è invece diminuita da un terzo fino alla metà per l'imputato che aiuti concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di mezzi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura di eventuali altri complici, al fine di ostacolare ulteriori conseguenze (art. 600 septies¹ c.p.). Si tratta di una circostanza attenuante di carattere premiale, in base al c.d. pentimento operoso del *reo*.

Da ultimo si annota l'applicazione delle pene accessorie ai sensi dell'art. 600 septies², in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per tutti i delitti enunciati al Capo III ("Dei delitti contro la libertà individuale"), Sezione I ("Dei delitti contro la personalità individuale").

In riferimento al comma 2 dell'art. 600 ter c.p. la sanzione applicata va dai sei ai dodici anni e prevede la multa da euro 24.000 a euro 240.000. Anche in questo caso si tengono in considerazione le aggravanti e attenuanti enunciate in relazione al comma 1 dell'art. 600 ter c.p.

Per quanto concerne la terza fattispecie la pena prevista è quella della reclusione da uno a cinque anni e la multa da euro 2.582 a euro 51.645. Si vedano gli aumenti e diminuzioni succitati, ad eccezione dell'art. 602 ter, comma 4 c.p.

In relazione al comma 4 dell'art. 600 ter c.p. il *reo* è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164. Si sottolinea l'applicazione delle aggravanti e attenuanti previste per il comma precedente.

Infine, l'ultima fattispecie di reato di pornografia minorile prevede la pena di reclusione fino a tre anni e la multa da euro 1.500 a euro 6.000. Valgono anche in questo caso le precisazioni delle due suddette condotte.

4. L'art. 600 quater: detenzione di materiale pornografico.

L'art. 600 quater c.p. ("Detenzione di materiale pornografico") è stato introdotto dall'art. 4 della legge 269/1998. Il testo di allora dettava:

"Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 600-ter, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto e' punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a lire tre milioni".

La norma è stato poi modificato dalla legge 38/2006 e attualmente recita:

"1. Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'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 o con la multa non inferiore a euro 1.549euro.

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

Da notare è la sostituzione del termine "disporre" con "detenere". Tale mutamento arriva in seguito a numerose critiche⁶² dottrinali e giurisprudenziali dovute all'eccessiva genericità e ampiezza del verbo utilizzato dal legislatore del 1998. La riforma legislativa prende spunto dal termine "possessione" di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) della Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/68/GAI, omologandosi al testo già conforme della rubrica.

⁶² Si veda MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, *Ind. Pen.*, 1999 p. 47 ss. L'espressione "disporre" usata dal legislatore richiedeva che l'autore del reato compiesse atti di disposizione, così precludendo la possibilità di incriminare lo stesso per detenzione. Oltretutto tale formulazione appariva in contrasto con la rubrica della norma e poneva dei problemi di differenziazione rispetto alle condotte tipiche ex art. 600 ter c.p. Per questa ragione la dottrina intese il suddetto termine come l'aver la disponibilità del materiale. La novella ha dunque risolto la diatriba dottrinale e giurisprudenziale.

La clausola di riserva denota la residualità della norma rispetto alle fattispecie di reato enunciate dall'articolo precedente. La differenza rispetto al primo delitto è che punisce quelle condotte prodromiche a quelle di maggiore gravità, quali le ipotesi di reato di pornografia minorile. La detenzione di materiale pornografico si pone come norma di chiusura, al fine di dare certezza della punizione di comportamenti che ledono la sanità psico-fisica di un minore.

Tuttavia non poche sono state e sono tuttora le critiche⁶³ in seguito all'introduzione dell'art. 600 quater c.p. Le perplessità nascono da una chiara anticipazione della soglia di punizione per taluni eccessiva, così ledendo il principio di offensività nonché di colpevolezza: per alcuni autori non sembra che il procurarsi del materiale oggetto del reato e la detenzione dello stesso metta in pericolo l'interesse tutelato né tantomeno che produca l'effetto di incentivare il mercato dei pedofili.

In realtà, come autorevole dottrina sostiene, il legislatore italiano non ha mirato alla repressione della pornografia in quanto tale, quanto piuttosto alla repressione di quest'ultima come risultato dello sfruttamento di minori: “ in questa prospettiva, non si tratta della repressione di un vizio come tale - il che si situerebbe a livello di tutela pubblica - ma della repressione di un vizio perché dannoso a vittime in carne ed ossa, quali i minori, tanto che i delitti in esame sono da considerarsi a tutti gli effetti contro la persona”⁶⁴.

4.1. Soggetto attivo.

Il reato in esame è un reato comunque, come il termine “chiunque” suggerisce; può essere anche lo stesso minore soggetto attivo. Infatti in

⁶³ ZENO-ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.*, 1998 p. 640 ss.; MANNA A., *Profili problematici*, cit., p. 51; SANTORO V., *Mano pesante*, cit., p. 11; PITTARO P., *Le norme contro*, cit., p. 1227.

⁶⁴ Così CADOPPI A., Sub art. 600-quater, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, p. 229.

conformità all'art. 600 quater c.p., il minore è punibile qualora deponga o si procuri materiale pornografico prodotto mediante l'utilizzo di soggetti di anni inferiore ai diciotto, anche se il materiale raffiguri non solo terzi, ma anche lo stesso minore⁶⁵.

La clausola di riserva esclude, dal novero dei soggetti attivi, quelli responsabili dei reati ex art. 600 ter c.p.

4.2. Soggetto passivo.

I soggetti passivi sono i minori che non hanno raggiunto ancora la maggiore età, così individuata dall'ordinamento italiano.

4.3. La condotta incriminata.

La condotta tipica sanzionata consta di due comportamenti illeciti: "il procurarsi" o la "detenzione" de materiale pornografico.

Andando per ordine, il primo termine consiste nel far entrare effettivamente⁶⁶ nella sfera di disponibilità del soggetto agente l'oggetto materiale del reato: si tratta di un'attività di ricerca e della conseguente acquisizione del materiale. La *ratio* di punire chi anche solo si procura il materiale pornografico, è quella di punire anche il tentativo dell'illecito in questione, altrimenti non rilevante penalmente come tentata detenzione⁶⁷.

⁶⁵ BIANCHI- DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p. 1166.

⁶⁶ GIZZI, *Detenzione di materiale pornografico*, cit., p. 499.

⁶⁷ Così BIANCHI- DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 488.

Invece la condotta di detenzione rappresenta un'assoluta novità apportata dalla legge n. 38/2006. Tale comportamento consiste nella reale disponibilità, materiale e virtuale, da parte dell'agente del materiale pornografico, risultando indifferente il supporto utilizzato.

Al fine dell'incriminazione non risulta essenziale il pericolo concreto di diffusione, ma è sufficiente il mero fatto storico della detenzione⁶⁸. Rilavante è l'esempio di colui che non ha il collegamento con il mercato dei pedofili, ma si limita a visionare il materiale pornografico minorile: in questo caso il soggetto agente non è considerato punibile ai sensi dell'art. 600 quater c.p.

Sia il procurarsi che la detenzione debbano avere ad oggetto il materiale pornografico così come descritto ai sensi dell'art. 600 ter c.p. pertanto, come la stessa giurisprudenza tiene a precisare, il reato di cui all' art. 600 quater c.p. si configura qualora l'autore detenga o si procuri il materiale incriminato ottenuto mediante sfruttamento di minori di anni diciotto⁶⁹. Di dubbio inquadramento è il caso del materiale pornografico minorile che il soggetto interessato si sia procurato o detenga senza scopi commerciali. In base alla *littera legis*, troverebbe applicazione l'art. 600 quater c.p., tuttavia la giurisprudenza e la dottrina sostengono la sussistenza di un fine commerciale intrinseco nella norma nonché il necessario collegamento delle condotte ivi enunciate, con la finalità di prevenire l'aumento della produzione o diffusione del materiale⁷⁰, tenuto conto della logica dell'intera normativa di riferimento.

Infine giova sottolineare che le due condotte risultano alternative, pertanto non potranno concorre tra loro, poiché rappresentano due modalità di perpetrazione del medesimo reato⁷¹.

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 36094 del 27 settembre 2006-31 ottobre 2006.

⁶⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 36390 del 6 maggio 2003-23 settembre 2003.

⁷⁰ BIANCHI- DELSIGNORE, Detenzione del materiale, cit., p. 493; CADOPPI, Sub *art. 600 quater*, in CADOPPI (a cura di), Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV ed., Cedam, Padova, 2006, pp. 239-240.

⁷¹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 43189 del 9 ottobre 2008-19 novembre 2008.

4.4. Interesse giuridico tutelato.

Anche qui il bene giuridico tutelato dalla norma è coerente con quello dell'art. 600 ter c.p., ossia il mantenimento di un sano ed equilibrato sviluppo del minore che si protegge grazie alla repressione di condotte illecite, onde evitare un potenziamento del c.d. *pedobusiness*⁷².

Si evidenzia che la norma non sanziona la lesione diretta del bene giuridico da tutelare, quanto piuttosto impedisce ed ostacola la commissione di reati più gravi, motivo dell'anticipazione della soglia di punibilità. Per tal ragione il delitto in esame viene annoverato tra i delitti di ostacolo.

Vi sono taluni studiosi che asseriscono la natura del delitto quale reato di danno, poiché consisterebbe in una variante della ricettazione⁷³. Altri invece etichettano la fattispecie disciplinate dall'art. 600 quater c.p. come reato di sospetto. La *ratio* di quest'ultimo orientamento dottrinale si basa sul ritenere che la norma voglia punire chi si sospetta abbia commesso i reati ai sensi dell'art. 600 ter c.p., senza aver alcuna prova della responsabilità di essi⁷⁴. Tuttavia entrambe le linee dottrinali non tengono in considerazione l'effetto della repressione delle condotte tipiche ex art. 600 quater c.p. sul mercato dei pedofili: quello di disincentivare lo sfruttamento dei minori.

4.5. L' elemento soggettivo.

Il *reo* deve aver commesso gli illeciti penali in esame con dolo generico e dunque con la consapevolezza e la volontà di procurarsi e/o detenere il materiale

⁷² GIZZI, *Detenzione di materiale pornografico*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali, I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007, p.496.

⁷³ SANTORO, *Mano pesante*, cit., p. 49.

⁷⁴ Così BIANCHI- DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p. 480 che riconoscono la conformità al principio di offensività solo della condotta del "procurarsi materiale pornografico".

pornografico. Tali requisiti devono ovviamente anche riferirsi al materiale e alla sua natura e non solo al fatto tipico. A tal proposito, i soggetti attivi sono coloro che si procurano o detengono materiale che apertamente raffigurano minori e non chi accetta semplicemente la possibilità che esso abbia natura pedopornografica. Ciò detto viene supportato ulteriormente dal-

l'avverbio “consapevolmente”, che esclude la possibilità di ritenere bastevole il dolo eventuale⁷⁵.

Il Giudice deve, dunque, verificare la consapevolezza della detenzione del materiale incriminato, sia perché l'elemento oggettivo del reato non può essere sufficiente nel nostro ordinamento penale e sia per i frequenti casi di inconsapevolezza. Infatti è frequente per l'utente, soprattutto per un fruitore di reti *peer-to-peer*⁷⁶, avviare lo scaricamento di un *file* e trovare un contenuto diverso da quello atteso in base al nome del documento. Analoghi problemi interpretativi emergono qualora vengano rinvenuti materiali illeciti nella cartella dei *file* temporanei di Internet (c.d. *cache*), presente nei *personal computer* dotati del sistema operativo *Microsoft Windows*. In tal caso è necessario accertare: 1. la minore età dei soggetti ivi ritratti e in ogni caso la consapevolezza della minore età degli stessi; 2. la consapevole detenzione di materiale pornografico minorile, sebbene si dia per assodato che il posizionamento delle immagini tra i *file* temporanei ne comporta la presa visione. In dettaglio l'orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità, condivisa da alcune sentenze della giurisprudenza di merito asserisce che: “lo scaricamento dei materiali[...]deve essere consapevole e volontario, dovendosi escludere profili di responsabilità penale nei casi in cui il

⁷⁵ CADOPPI, Sub art. 600-quater, cit., p. 219; FLORA, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, p.733; cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 41067 del 20 settembre 2007-8 novembre 2007,

⁷⁶ Il *peer to peer* è un sistema di condivisione decentralizzata su internet. Ciascuno dei due o più *computer* dei soggetti che intervengono nel sistema di rete paritaria P2P scaricano, mettono in condivisione di altri utenti ed archiviano i *file* scambiati.

materiale rinvenuto sul pc costituisca la mera traccia di una trascorsa consultazione del web, creata dai sistemi di salvataggio automatico del personal computer”. Lo stesso conferma la dottrina, la quale auspica che “il legislatore non apra le porte alla stessa repressione penale della semplice ‘consultazione’ via Internet di siti per pedofili o contenenti materiali proibiti, senza registrazione dei dati sul disco”. Tuttavia subentrano delle forti criticità rispetto all’esonazione dalla sanzione penale nell’ipotesi della sola visione delle immagini o dei video, senza memorizzarli, in quanto comunque persiste un incremento della ricchezza del produttore del materiale illecito.

Infine giova ricordare l’applicazione dell’art. 602 quater c.p.: esso prevede che il detentore non può invocare l’ignoranza dell’età del minore, salvo l’errore cosiddetto inevitabile.

4.6. Consumazione e tentativo.

Il reato si consuma nel *tempus* e nel *locus* in cui il materiale entra nella sfera di disponibilità dell’agente. In particolare, il procurarsi consiste in un reato istantaneo, mentre la condotta del detenere viene inquadrato in un reato permanente⁷⁷.

Il tentativo non sembra configurabile secondo un’autorevole dottrina, per un’eccessiva anticipazione della soglia di punibilità⁷⁸.

⁷⁷ BIANCHI- DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p. 495; cfr. Cass., pen., Sez. III, Sent. n. 22043 del 21 aprile 2010-10 giugno 2010.

⁷⁸ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 177 ss.

4.7. Concorso di norme e concorso di reati.

La clausola di esclusione non permette il concorso tra l'art. 600 quater c.p. e le fattispecie di pornografia minorile⁷⁹. Tuttavia nelle ipotesi di distribuzione o divulgazione di notizie e informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento di minori e delle condotte ex art. 600 quater non si riscontra alcuna coincidenza del fatto tipico tale da permettere l'applicazione delle regole generali in tema di concorso apparente di norme. In realtà la dottrina, si trova in disaccordo con tali affermazioni in virtù della qualificazione del delitto di detenzione come un *ante factum* o un *post factum* e pertanto come un comportamento non punibile penalmente⁸⁰. Si assiste, così, al fenomeno giuridico della progressione criminosa che porta all'assorbimento del reato ex art. 600 quater c.p. in quello più grave disciplinato dalla norma 600 ter c.p.

4.8. Trattamento sanzionatorio.

L'art. 600 quater punisce il *reo* con la reclusione fino a tre anni e la multa non inferiore ad euro 1.549.

L'aggravante è la medesima rispetto all'ultimo comma dell'art. 600 ter c.p., con la conseguente applicazione del regime speciale come stabilito dall'ultimo comma dell'art. 602 quater c.p. Pertanto si rinvia alla suddetta trattazione (par. 2.12).

Inoltre si considerano il comma 8 e comma 9 dell'art. 602 ter c.p. e l'attenuante ai sensi dell'art. 602 septies1 c.p.

⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio- 25 marzo 2011.

⁸⁰ BIANCHI- DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., p. 496.

5. L'art. 600 quater1: pornografia virtuale.

L'art. 600 quater1 c.p., rubricato "Pornografia virtuale", è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge n. 269/1998, prendendo come spunto la *Convention on Cybercrime* del Consiglio D'Europa, sottoscritta dall'Italia nel 2001, poi meglio puntualizzata dalla nota Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/68/GAI.

L'art. 600 quater1 c.p. stabilisce così al primo comma: "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". Mentre al secondo capoverso disciplina che "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".

La norma in disamina si differenzia da quelle prima citate non per le condotte tipiche, ma per l'oggetto materiale del reato, ossia le immagini virtuali. A tal riguardo il secondo comma stabilisce il significato dell'oggetto suddetto. Le immagini possono consistere sia in rappresentazioni di una persona reale che sembra essere un bambino, implicata o coinvolta in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o della zona pubica, e sia in raffigurazioni realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nel medesimo genere di condotta sessualmente esplicita. In particolare ed in astratto si tratterebbe di pornografia virtuale rilevante quando l'oggetto del reato si individui in immagini realizzate totalmente al computer ("pornografia virtuale in senso stretto", artificiale, fittizia: *fake pornography*, *computer-generated pornography*) utilizzando delle tecniche idonee a far apparire come veri o quantomeno realistici situazioni e soggetti inesistenti; quando il soggetto agente applica la tecnica del *morphing*, che in specie consiste nella modifica di

immagini “innocue” di bambini reali, tale da farli apparire coinvolti in attività sessualmente esplicite, oppure unisce più frammenti di immagini, come nel caso di un corpo adulto montato insieme al viso di un minore, che danno come risultato un soggetto inesistente che compie atti sessuali, del tutto identico ed indistinguibile rispetto ad un bambino in carne ed ossa⁸¹; la c.d. pornografia simulata o apparente, consistente nella raffigurazione di un adulto che per le loro sembianze sembra un minore. Come anticipato questa è una classificazione astratta, poiché occorre verificare se anche immagini del tutto artificiali possano integrare la fattispecie in esame oppure sia necessario attingere da immagini di minori reali. La definizione del comma 2 fa riferimento ad “immagini con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali la cui qualità fa apparire come vere situazioni non reali”; il comma 1 invece afferma che si considerano “immagini virtuali quelle realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto, o parte di esse”. Poste queste osservazioni si predilige una lettura consequenziale dei commi, non ritenendo la rilevanza penale sussistente nell’ipotesi in cui non vi sia l’utilizzo neanche in parte di raffigurazioni di un minore in carne ed ossa⁸². Quanto detto perché altrimenti non vi sarebbe alcuna lesione del bene giuridico da tutelare, ossia del sano ed equilibrato sviluppo del minore. Si specifica che per “parte”, espressione usata dalla norma in discorso, non si legge con il suo significato etimologico, piuttosto si intende una parte riconoscibile del minore⁸³. Si definisce dunque che i requisiti delle immagini al fine di identificarle come virtuali sono due: 1) devono rappresentare minori reali o parte di esse; 2) devono essere verosimili, tale da far apparire come vere situazioni non reali.

⁸¹ RESTA, *Vecchie e nuove forme di schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Giuffrè, Milano, 2008, p.456 ss.; FARINI, *La pornografia minorile*, in TOVANI, TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, cit., p. 624 ss.

⁸² FARINI, *op. cit.*, p. 624 ss.

⁸³ BIANCHI, *Detenzione di materiale pornografico*, in A. CADOPPI (a cura di), *I reati contro la persona*, vol. III, Utet, Torino, 2006, p. 263.

La *voluntas legis* si incentra sul colpire l'incremento della domanda e quindi cerca di impedire l'adescamento di minorenni con il contestuale sfruttamento sessuale dei soggetti passivi, illecito penale che a sua volta comprende, seppur indirettamente, il sistema di prostituzione⁸⁴.

Una delle problematiche interpretative che l'art. 600 quater1 c.p. si trascina richiamando i due delitti precedenti, riguarda la questione sulla possibilità che l'ipotesi di colui che produca materiale pornografico minorile, senza però divulgarlo ad un numero indefinito di destinatari, integri la fattispecie in discorso.

La decisione quadro 2004/68/GAI, aiuta a trovare una soluzione al quesito sopra esposto: la produzione di materiale pornografico virtuale, sia esso ad uso privato che destinato ad essere divulgato a terzi è un reato, a meno che lo Stato membro non introduca quale causa di non punibilità la produzione privata di detto materiale realizzato con il consenso del minore la cui sussistenza esclude non il reato ma la punibilità dello stesso. Con riferimento alla legislazione italiana, il nostro ordinamento dà piena attuazione alla decisione succitata e di conseguenza non è prevista alcuna causa di non punibilità: allora si può affermare che in Italia la produzione di materiale "pornografico virtuale", anche a scopo esclusivamente domestico, costituisce reato ed è punibile. Oltretutto in riferimento al ruolo del raggiungimento dell'età del "consenso sessuale" il legislatore non ha introdotto quale causa di non punibilità la produzione di immagini di minori che abbiano raggiunto il "consenso sessuale", qualora vi sia

⁸⁴ PETRUCCELLI, *Pedofilia e valutazione del danno psicologico alla vittima*, in DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La pedofilia. Aspetti sociali, psicogiuridici, normativi e vittimologici*, Cedam, Padova, 155; NIGRO, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e pedopornografia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, II, 820; PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in FORTI, BERTOLINO (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, II, Milano, 2007, p. 1292ss.; così anche un rapporto dell'UNESCO che identifica la pornografia minorile informatica una fonte di eccitamento dei pedofili: "UN call for action against Net Pedophilia falls short, critics say" in *The Globe And Mail*, January 20, 1999, A12.

il loro consenso alla produzione e qualora il materiale prodotto sia destinato unicamente a loro uso privato.

Ulteriore dibattito nasce dall'identificare l'art. 600 quater¹ c.p. come attenuante degli artt. 600 ter c.p. e 600 quater c.p. oppure come figura autonoma di reato. Da una prima lettura si potrebbe sostenere che il legislatore italiano si sia limitato ad introdurre una circostanza attenuante, applicabile ai reati di cui agli artt. 600 ter e quater c.p., in ragione del trattamento sanzionatorio determinato per *relationem* e della diminuzione di pena, non eccedente un terzo, conforme a quanto previsto dal codice penale per le attenuanti comuni. Tuttavia l'art. 11 della legge n. 38/2006, che aveva come fine quello di sottrarre i principali reati contro la libertà individuale al patteggiamento c.d. allargato, nomina espressamente il delitto in esame, così conferendo all'incriminazione una palese autonomia. In contrasto con la motivazione dell'indipendenza criminosa della norma appare il dettato dell'art. 9 della legge n. 38/2006, il quale modifica l'art. 734 bis c.p. ed estende la punibilità della divulgazione delle generalità o dell'immagine della persona offesa dei reati previsti dagli artt. 600 ter e 600 quater "anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 quater¹". Così disciplinando, la pornografia virtuale risulta una circostanza attenuante e non una figura criminosa autonoma. Si conclude che, nonostante un'incessante diatriba sia in giurisprudenza che in dottrina, quest'ultima propende per la tesi della *figura criminis* autonoma⁸⁵.

⁸⁵ CARCANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè Milano, 2010, pp. 897-898. PASTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in Guida dir., 2006 n.9, p.51; BIANCHI, *Detenzione di materiale*, cit., p. 287 ss.

5.1. Brevi cenni procedurali.

5.1.1. Istituti processuali: art. 600 ter, 600 quater e 600 quater1 c.p.

Dal punto di vista procedurale, per i reati previsti dall'art. 600 ter comma 1, comma 2 e comma 3 la competenza spetta al tribunale in composizione collegiale e si procede *ex officio*; mentre per le fattispecie previste dai commi 4 e 6 la competenza è del tribunale in composizione monocratica e si procede, anche in questo caso, *ex officio*.

In riferimento all'art. 600 quater c.p. la competenza è del tribunale in composizione monocratica e si procede d'ufficio.

Infine per il delitto ex art. 600 quater1 c.p. si rimanda alle regole suesposte, in ragione dei rimandi normativi presenti nell'articolo in esame.

5.1.2. Prescrizione⁸⁶.

L'art. 4 comma 1, lett. a) della legge n. 172/2012 ha raddoppiato termini prescrizionali ex art. 157 c.p. per frenare il fenomeno di un troppo veloce intervento dell'istituto, così celere da incentivare numerosi fatti delittuosi. In tal modo la suddetta legge opera "per i reati di cui alla sezione I del capo III del titolo XII del libro II" (art. 157 c.p.), ossia la disposizione ricomprende l'art. 600 ter, quater, e di conseguenza anche l'art. 600 quater1 del codice penale.

⁸⁶ Cfr. nota 29, par. 2.13.1.

5.1.3. Dubbi di legittimità costituzionale.

I dubbi di legittimità riguardano in particolar modo l'art. 600 quater e l'art. 600 quater1 c.p. Nel primo caso si riferiscono al principio di offensività: infatti la detenzione del materiale pornografico minorile non sembra ledere il bene tutelato, o meglio non sembra aggravare la lesione rispetto alla condotta del "procurarsi"⁸⁷. Per questa ragione il Giudice della nomofilachia⁸⁸ si è trovato a risolvere l'eccezione di illegittimità costituzionale dichiarando la sua infondatezza. Questo poiché la disposizione ex art. 600 quater c.p. rafforza la tutela del minore, sanzionando sia l'offerta di materiale procurato tramite lo sfruttamento sessuale, sia la risposta a quell'offerta.

Infine in relazione al delitto di pornografia virtuale si ritiene problematico il destinatario della norma: di solito la disposizione legislativa imposta il dettato sottolineando la repressione di un comportamento illecito per proteggere il minore leso, qui invece appare in primo ordine che l'asse della fattispecie si sposti dalla vittima al *reo*⁸⁹. A tal proposito parte della dottrina⁹⁰ parla di "guerra dichiarata al nemico pedofilo". In aggiunta si sottolinea che ulteriori critiche si incentrano sul principio di offensività e di determinatezza: nel dettato normativo di interesse vi è una generica descrizione delle immagini vietate, rischiando che, oltre le rappresentazioni di qualità, anche fotomontaggi ottenuti con tecniche tutt'altro che sofisticate possano integrare la figura criminosa⁹¹.

⁸⁷ BIANCHI-DELSIGNORE, *Detenzione di materiale*, cit., 480; GIZZI, *Detenzione di materiale pornografico*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007, p.496.

⁸⁸ Cfr. Cass. pen., Sez III, 20 Settembre 2007- 12 novembre 2007, n. 41570, in Cass. pen., 2008, p. 2888.

⁸⁹ LORUSSO- MANNA, *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 45 ss.

⁹⁰ PASTORELLI L, *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in Guida dir., 2006 n. 9, p. 51.

⁹¹ LORUSSO-MANNA, *L'abuso sessuale sui minori*, cit., p. 46.

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITA' DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER

.....

Sommario: 1. Precisazioni nozionistiche. - 2. Il panorama penalistico e le nuove tecniche- 3. Focus sulla responsabilità civile del provider. - 4. Attività di contrasto. 5. Caso Google v. Vivi Down e le recenti pronunce giurisprudenziali.

1. Precisazioni nozionistiche.

Prima di addentrarci nella trattazione del capitolo in discorso, necessita un approfondimento di tipo terminologico mediante un *excursus* delle più rilevanti nozioni della materia *in itinere*.

Innanzitutto risalta, all'interno del *cyberspace*, il termine “virtuale”⁹²: esso significa, appunto, realtà “virtuale”, sebbene dal punto di vista giuridico i reati informatici non possano essere identificati come tali, poiché assumono una fisionomia più che reale.

In secondo luogo per “*internet*” si intende la modalità di scambio di informazioni fra più soggetti collegati in rete mediante un determinato “protocollo”, chiamato *TCP-IP*⁹³. Ogni rete informatica e telematica, in base al

⁹² L'enciclopedia Treccani dà al termine “virtuale” il significato di una “cosa o attività frutto di un'elaborazione informatica che pur seguendo modelli realistici non riproduce però una situazione reale”.

⁹³ *TCP/IP* consiste in una serie di protocolli. La sigla *TCP/IP* significa “Transmission Control Protocol-Internet Protocol”. Esso proviene dai nomi dei due protocolli maggiori della serie di protocolli, cioè i protocolli *TCP* e *IP*. *TCP/IP* è una sorta di agglomerato di regole di comunicazione su *internet* e si basa sulla nozione d'indirizzamento *IP*, cioè sull'affiancamento di un indirizzo *IP* ad ogni terminale di rete

gestore della stessa, utilizza un linguaggio diverso, ossia uno specifico protocollo⁹⁴, e dunque si chiarisce che vi è una netta differenza tra la rete in senso fisico, ossia l'infrastruttura di trasporto dei dati, e lo scambio degli stessi.

Ulteriore ed ultima interessante dicotomia da chiarificare è quella tra l'utenza e il soggetto che dispone delle credenziali al fine di accedere alla prima. L'utente si presenta come un componente del sistema operativo al quale sono riferibili molteplici comandi e privilegi di accesso alle risorse di un *computer* per svolgere dati compiti. Tuttavia le utenze possono essere anche identificate con processi automatizzati che svolgono funzioni di tipo amministrativo e di controllo. Per quanto riguarda la relazione tra i due concetti predetti non si riscontrano criteri di assegnazione della persona fisica, che si collega ad *internet*, all'utenza, a meno che il gestore non utilizzi dei sistemi propri di identificazione⁹⁵. Invece, prima dell'avvento dei sistemi biometrici⁹⁶, alcuni fornitori di servizi telematici richiedevano, come presupposto dell'accesso da parte del soggetto "navigante in rete", l'invio della copia di un documento d'identità oppure l'utilizzo di una utenza telefonica fissa con il *CLI*⁹⁷ attivo. Pertanto si può definire che il soggetto agente in rete ha la disponibilità dell'utenza ed anche si rapporta e con il fornitore di accesso e con il fornitore

per poter inviare dei pacchetti di dati; si veda BORRUSO, RUSSO, TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal bit a internet*, III ed., Giuffrè, Milano, 2009, pp. 398 e 398.

⁹⁴ Ad esempio i sistemi di telefonia su *IP* utilizzano il protocollo *VoIP*, quelli per la pubblicazione di siti su *internet* il protocollo *HTTP*.

⁹⁵ GIUSTOZZI, *La sindrome di Fort Apache. La sicurezza delle informazioni nella società postindustriale*, Monti&Ambrosini, Pescara, 2007. La mancanza di criteri di associazione del soggetto operatore all'utenza rappresenta uno dei maggiori problemi di ordine investigativo in relazioni ai reati informatici, soprattutto se al quel determinato *computer* possono accedervi più persone fisiche.

⁹⁶ Le misurazioni biometriche si suddividono in due categorie: 1) fisiologiche e 2) comportamentali. A titolo esemplificativo si menzionano tra i criteri fisiologici, ossia basati su caratteri fisici: *DNA matching*-analisi e confronto del *DNA*, *Iris/retina recognition*-riconoscimento dell'iride e della retina, *face recognition*-riconoscimento facciale, *fingerprint/finger geometry* recognition-riconoscimento impronte digitali o geometria 3D delle dita, *Vein recognition*-mappatura vascolare del dito o del palmo della mano; mentre tra le misurazioni del secondo tipo, ossia quelle comportamentali: *typing and signature recognition*-riconoscimento tramite verifica dello stile di scrittura, *voice/speaker recognition*-riconoscimento vocale, *Gait* recognition-riconoscimento in base allo stile e alla postura dell'andatura di un individuo.

⁹⁷ *Calling Line Identifier* (ovvero identificativo chiamante).

di un servizio⁹⁸, ad esempio quello di *community online*⁹⁹. A proposito delle comunità *online* è opportuno esaminare il significato delle stesse per individuare la loro incisività nel campo sociale e in quello giuridico: esse, infatti, sono la forma più antica e diffusa dell'utilizzo dei servizi *internet* e rappresentano un terreno fertile per chi ha l'intenzione di commettere degli illeciti rilevanti penalmente. Questo spazio virtuale è caratterizzato dall'appartenenza ad un gruppo dei frequentatori delle comunità, nonché dalle condivisioni dei loro interessi. Esempi di assetti sociali e di interconnessione di questa tipologia sono la *mailing-list* e il *forum*, il *newsgroup*, la *chat* e la *web community*. La prima si differenzia dal secondo in quanto è di regola monodirezionale, ossia il gestore della lista invia con frequenza messaggi informativi ai membri e solo questi hanno la possibilità di prenderne visione. Il *forum* è invece aperto, quantomeno nella maggioranza dei casi, ma per pubblicare i messaggi risulta necessaria l'iscrizione. Diverso ancora è il *newsgroup*, una sorta di bacheca pubblica ove chiunque può scrivere, senza alcun controllo o filtro. L'unico limite alla propria autonomia è la preventiva scrematura dei *newsgroup* da attivare. La *chat*, invece, è basata sul protocollo *Internet Relay Chat-IRC*: essa è il prodotto di un collegamento a determinati *server* ove sussistono dei "canali" ai quali l'utente può connettersi. Per rendere le conversazioni private si può utilizzare la modalità *DCC*, ossia *Direct Client-to-Client*, così da evitare che i messaggi transitino per il *server IRC*. Infine la *web community* è un insieme di spazi in cui chiunque può pubblicare contenuti quasi liberamente e che sono messi a disposizione dai fornitori di servizi *internet*. È doveroso puntualizzare che i servizi di accesso e di *community online* possono essere forniti anche dal medesimo soggetto.

Tuttavia, in seguito all'evoluzione della tecnologia, le forme di interazione si sono sviluppate a tal punto da divenire più dirette, immediate e immersive. Si

⁹⁸ Il fornitore di servizi potrebbe provvedere solo al trasporto dei dati, così da non essere implicato all'interno di fatti criminosi commessi tramite i propri sistemi (d.lgs. 70/2003 e direttiva 31/2000/CE).

menzionano come esempi i servizi di *content-sharing*, tra cui *YouTube* o i servizi forniti da gestori della telefonia mobile, che consentono la pubblicazione di filmati o riprese video autoprodotti oppure le reti *peer-to-peer* in cui i dati non passano attraverso un *server* centralizzato, ma vengono scambiati tra operatori anonimi. Si evidenziano anche i sistemi di *instant messaging* e di *video-chat*. Per quanto riguarda le *video-chat* la Corte di Cassazione¹⁰⁰ ha segnalato come rappresentino una modalità per realizzare il delitto di prostituzione minorile ex art. 600 bis c.p. e quindi, secondo una lettura estensiva della sentenza, anche dei delitti trattati nel presente elaborato. Infine, come sistemi immersivi, vi sono le piattaforme di *gaming online*: scenari di reati contro i minori da non sottovalutare¹⁰¹.

2. Il panorama penalistico e le nuove tecniche.

All'interno del panorama penalistico sono sorti nuovi nodi normativi ed interpretativi con l'avvento dell'evoluzione tecnologica. Nell'ultimo decennio appare di grande interesse da parte del legislatore nazionale ed internazionale, degli studiosi e della giurisprudenza il ruolo dell'*Internet Service Provider (ISP)*, anche detto *provider*. Questa figura è un attore "silenzioso" e quasi "invisibile" nell'ambito giuridico: essa può assumere le sembianze del *reo* o del

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 25464 del 22 aprile-8 giugno 2004. La Suprema Corte ha precisato che ciò che caratterizza l'atto di prostituzione non è necessariamente il contatto fisico tra i soggetti della prestazione, quanto piuttosto la circostanza per cui l'atto sessuale avvenga dietro un corrispettivo pagamento e che sia finalizzato a soddisfare la libidine del reo. Allo scopo dell'addebito della sanzione penale occorre che le prestazioni sessuali siano eseguite tramite internet, in video-chat con il fruitore della stessa. Per la configurabilità di queste ipotesi criminose occorre un collegamento diretto tra l'autore del delitto e la vittima.

¹⁰¹ Il Telefono Azzurro ha gestito numerosi casi di minori adescati nella *chat* interna dei giochi "Clash Royale" e "Clash of Clans", scaricabili gratuitamente sul proprio *computer* o *smartphone*.

correo, di ausiliario degli organi inquirenti, di soggetto gravato di doveri di individuazione e segnalazione di eventuali illeciti penali commessi in rete e di garante per la segretezza e per la libertà di comunicazione della collettività. Ad ogni modo, qualsiasi fisionomia il *provider* assuma, si posiziona tra il singolo individuo e lo Stato. La sua attività si basa su una normativa di ampio respiro, infatti oltre ai profili penalistici si intersecano quelli civilistici, amministrativi e costituzionali. A colmare eventuali lacune vi sono poi il *soft law*, le linee guida internazionali e i profili etici che fungono da supporto per l'interprete nell'analisi del fatto concreto, senza però tradire il principio di legalità¹⁰².

Anche dal punto di vista processuale sono presenti disposizioni legislative in merito ai fornitori di servizi di rete; a titolo esemplificato si menzionano l'art. 132 d.lgs. 196/2003, in materia di *privacy*, e l'art. 254 bis c.p.p. in materia di sequestro probatorio.

Non mancano riferimenti nella disciplina del trattamento dei dati personali disposta dal d.lgs. 69/2012¹⁰³ che impongono nuovi obblighi da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica di informare il Garante degli illeciti commessi in rete, nonché previsioni in materia di commercio elettronico (d.lgs. 70/2003).

Rilevanti appaiono i patti internazionali e gli strumenti normativi dell'Unione Europea come la Convenzione *cybercrime* del Consiglio d'Europa¹⁰⁴

¹⁰² Si veda AMODIO, *Vitalità della codificazione nell'esperienza penale postmoderna*, in *Cass. pen.*, 2011, 1976; PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 277; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007.

¹⁰³ Il decreto legislativo del 28 maggio 2012, n. 69 ha apportato importanti modifiche al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in attuazione delle direttive 2009/136/CE, in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e 2009/140/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

¹⁰⁴ Convenzione sulla criminalità informatica, Consiglio d'Europa, STCE n.185, Budapest 23 novembre 2001.

e le Direttive 2000/31/CE, 2002/58/CE e 2006/24/CE¹⁰⁵. Sebbene l'intento sul piano sovranazionale sia quello di chiarire le questioni locali e regionali, in realtà sono proprio le scelte definitorie adottate a livello globale che causano incertezze in merito alle delimitazioni tra le molteplici figure di *provider*.

Il cyberspazio, come nel precedente capitolo già considerato, rappresenta il c.d. “non luogo”, cioè uno spazio privo di confini e di distanze: nella rete delle reti “i dati in essa immessi raggiungono ogni parte del mondo e il loro autore non è in grado né di controllarne l'accesso, né di prevedere quali percorso essi seguiranno per ricongiungersi infine sullo schermo degli altri utenti”¹⁰⁶. L'indeterminatezza del luogo crea non pochi problemi nell'addebitare la responsabilità penale di illeciti commessi con mezzi informatici e telematici e per tal ragione la ricerca si concentra su circoscritti soggetti, ossia gli *Internet Service Providers*. Prima di entrare nel vivo della trattazione incentrata su questa figura, occorre capire chi è e cosa fa l'*ISP*: esso è un soggetto “non fisico”, cioè non identificabile in un essere umano, ma è un'organizzazione che svolge l'attività summenzionata e all'interno del quale sarà necessario individuare un destinatario specifico del rimprovero penale; il *provider* fornisce agli utenti servizi come la connessione, la posta elettronica, lo spazio per la memorizzazione di siti *web* o *blog* e la creazione degli stessi, le *chat line*, i motori di ricerca¹⁰⁷. In sintesi l'*ISP* permette l'ingresso nel cyberspazio (*access e network provider*), ne agevola la circolazione (*mere conduit e cache provider*) e delinea la struttura mediante l'inserimento di contenuti (*host e content provider*)¹⁰⁸. L'ardua circoscrizione del soggetto penalmente responsabile

¹⁰⁵ Direttiva 2000/58/CE, “relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno”; direttiva 2002/58/CE, “relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche”; direttiva 2006/24/CE, “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”.

¹⁰⁶ SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, p. 71 e ss.

¹⁰⁷ Si veda la definizione di *ISP* e dei servizi offerti fornita da DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 66 ss.

¹⁰⁸ Tale classificazione è in realtà in parte superata e risale al testo di SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, p. 755

travolge ulteriori interrogativi sul bilanciamento dei diritti fondamentali quali il diritto alla “piena possibilità di esplicazione della libertà di comunicazione manifestazione del pensiero, fondamentali per una democrazia pluralista”¹⁰⁹ e i diritti fondamentali di altri individui quali l’onore, la reputazione, la sicurezza pubblica, la riservatezza e la protezione dei minori¹¹⁰.

Al fine di addebitare la responsabilità penale all’ISP necessita l’inquadramento della sua funzione. A tal proposito si fa riferimento a tre differenti paradigmi idealtipici di rimprovero penale¹¹¹. Il primo è quello che configura il *provider* come “cittadino”, ossia lo pone sullo stesso piano di un comune utente, con la conseguenza che per ampliare al massimo la libertà di comunicazione ed espressione del pensiero nel “non luogo” elimina ogni tipo di obbligo gravante sullo stesso. Infatti non avrà né doveri di controllo sulle condotte altrui, né di denuncia sugli illeciti commessi e né di collaborazione con gli organi inquirenti. Il compito dell’ISP sarà quindi limitato alle ipotesi in cui è autore del comportamento penalmente illecito e quelle di concorso commissivo doloso nella commissione dei reati. Il secondo paradigma invece vede il *provider* come “controllore”, cioè come l’organizzazione che deve

ss. Si veda anche PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Jovene, Napoli, 2004, p. 121 ss; cfr. Trib. Bologna, Sent. n. 331 del 14 giugno 2001, secondo cui “il termine Access Provider (o taluni casi anche ‘Mere Conduit’ n.d.r.) individua il soggetto che consente all’utente l’allacciamento alla rete telematica. Il compito dell’Access Provider è per lo più quello di accertare l’identità dell’utente che richiede il servizio, di acquisirne i dati anagrafici, e, quindi, di trasmettere la richiesta all’Autorithy Italiana affinché provveda all’apertura del relativo sito web. L’Access Provider può anche limitarsi a concedere al cliente uno spazio, da gestire autonomamente sul disco fisso del proprio elaboratore. [...] Il Content Provider è l’operatore che mette a disposizione del pubblico informazioni ed opere (riviste, fotografie, libri, banche dati, versioni telematiche di quotidiani e periodici) caricandole sulle memorie dei computer server e collegando tali computer alla rete. Content provider è anche chi si obbliga a gestire e ad organizzare una pagina web immessa in rete dal proprio cliente”. A tale definizione giurisprudenziale, come già nel testo menzionato, si aggiungano le figure di Cache Provider e di Host Provider

¹⁰⁹ PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. Proc.*, 1999, p. 379 ss.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ INGRASSIA, *Il ruolo dell’ISP ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Le responsabilità penali dei provider nell’ordinamento italiano*, in LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 20 ss.

censurare preventivamente il materiale caricato che sia manifestazione di illeciti penali. Di converso rispetto a quanto suesposto, si osserva una forte limitazione dei diritti fondamentali del soggetto agente in rete al fine di garantire una effettiva tutela dei terzi e della comunità intera. Si configurano così ipotesi di reati omissivi improprio¹¹², con la conseguenza che l'accusa verterà sull'assenza dell'impedimento della condotta altrui¹¹³ e nel non aver cooperato con le autorità nella repressione dell'illecito in seguito alla realizzazione del fatto criminoso. Il terzo ed ultimo paradigma invece identifica l'ISP come "tutore dell'ordine", ossia non dovrà controllare *ex ante* il materiale immesso nel cyberspazio, ma subentrerà *ex post* e quindi l'obbligo che deve adempiere sarà quello di denunciare i fatti criminosi di cui viene a conoscenza, di apportare il proprio aiuto per l'individuazione dell'autore o degli autori del reato e quello di rimozione dei contenuti contrari alla legge. Pertanto, in questo paradigma, si riconosce la responsabilità per reato omissivo proprio¹¹⁴ e perciò verrà sanzionato penalmente per non aver tenuto delle condotte atte a garantire la punizione del colpevole e a limitare le conseguenze dei delitti. Si perviene ad un notevole ampliamento delle cause dell'addebito della responsabilità penale già descritte nel primo paradigma: infatti il rimprovero penale sussisterà non solo nei casi di condotta sanzionabile da parte del *provider* e di contributo concorsuale attivo del medesimo, ma anche nelle ipotesi mancato ausilio alla magistratura.

¹¹² Il reato omissivo improprio, anche detto "reato commissivo mediante omissione" si ha quando attraverso un *non agere* viene determinato un risultato anti giuridico; si vedano ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003, p.262 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss.

¹¹³ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009; BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339 ss.

¹¹⁴

2.1. Reato omissivo proprio e reato omissivo improprio.

Sembra doveroso un breve chiarimento in merito alla tipologia di addebito penale eventualmente imputata al *provider*. Per prima cosa è bene differenziare i reati omissivi da quelli commissivi: se i secondi sono caratterizzati da un'azione, quindi da un comportamento attivo, i primi si differenziano per una condotta di segno negativo. Se così è¹¹⁵, si tratta di un *non agere* che si dirama a sua volta in base alle conseguenze da esso derivanti. In tal senso, si crea una biforcazione tra i reati in parola: i reati di pura omissione e i reati commissivi mediante omissione. La prima categoria è anche definita come quella dei “reati omissivi propri”, che consiste in un'omissione fine a se stessa, cioè dal *non facere* non deriva alcun risultato; diversamente, i reati commissivi mediante omissione, i c.d. reati omissivi impropri, si configurano nell'ipotesi in cui a causa dell'omissione segue un evento antiggiuridico¹¹⁶.

2.2. Il paradigma del provider “cittadino”.

I delitti in discorso, ossia l'adescamento di minorenni, la pornografia minorile, la detenzione del materiale pornografico e la pornografia virtuale rientrano nella categoria dei reati monosoggettivi, poiché si tratta di fattispecie che possono essere realizzate anche da un solo autore. Non per questo non si può ritenere configurabile una partecipazione anche di terzi nella consumazione delle ipotesi criminose suddette: infatti, in tal caso, ricorre l'istituto del concorso

¹¹⁵ Taluni autori sono fautori della teoria dell'*aliud agere*, di cui il criminalista tedesco Luden è fondatore. Tale orientamento sostiene la sussistenza di un carattere positivo all'interno della condotta omissiva, in quanto il soggetto agente non è vero che non agisce, ma lo fa in un modo inaspettato.

¹¹⁶ Per antiggiuridicità si intende l'opposizione al diritto, cioè una condotta in violazione di un precetto penale. Dunque, utilizzando un'espressione di Rocco, altro non è che “l'*in se* del reato”.

di persone nel reato ex artt. 110 e ss. c.p. Di conseguenza si conclude che non appare problematica l'affermazione della sussistenza della responsabilità penale in capo all'*ISP* per essere lui stesso autore del reato o per aver fornito un contributo attivo nella commissione di un illecito, ma ciò che rimane oggetto di un'"antica" diatriba è invece l'area di delimitazione dell'addebito penale. Per una corretta analisi occorre tornare sulla dicotomia tra i reati informatici in senso stretto e quelli in senso lato, anche denominati reati cibernetici (cfr. cap. I, par. 1): i primi si realizzano per la loro natura solo nel cyberspazio, mentre i secondi inglobano fattispecie criminose tradizionali che possono consumarsi anche per via informatica e telematica. I delitti che si prestano alla disamina in corso rientrano, come già si è detto, nei reati monosoggettivi appartenenti alla categoria di quelli cibernetici e per tal ragione si prosegue la trattazione incentrandosi su quest'ambito per evitare di tralasciare il nocciolo della questione. Per prima cosa risulta inconfutabile la constatazione del possibile rimprovero penale dell'*ISP* rispetto agli artt. 600 ter c.p., 600 quater c.p., 600 quater1 c.p. e 609 undecies c.p. a differenza di quelli di più problematica definizione, i c.d. *hard cases*, che rientrano perciò nella "zona grigia", cioè nelle situazioni in cui vi sono da parte della giurisprudenza opposte risoluzioni al caso concreto.

2.2.1. Il provider "cittadino" e il contributo attivo.

L'elemento di discussione, nell'ambito delle fattispecie criminose ivi analizzate, è quando può dirsi che l'*ISP* risponde a titolo di concorso di persone nel reato e quando no. La giurisprudenza maggioritaria¹¹⁷ asserisce che per verificare la responsabilità del *provider* sia necessaria la commissione di un

¹¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 44402 del 26 giugno 2015; Cass. pen., Sez. IV, Sent. n. 24895 del 22 maggio 2007; Cass. pen., Sez. Unite, Sent. n.45276 del 30 ottobre 2003; Cass. pen., Sez. IV, Sent. n. 21082 del 13 aprile 2004, Cass. pen., Sez IV, Sent. n. 195476 del 28 gennaio 1993.

illecito, quantomeno nella forma tentata, da parte di una pluralità di persone e che il *correo* abbia agevolato la realizzazione del reato, sebbene quest'ultimo si sarebbe comunque consumato, ma con maggiori difficoltà od incertezze; di conseguenza non basta che la condotta del *provider* abbia efficacia causale, ma occorre anche il contributo agevolatore. Per quanto concerne il piano soggettivo, invece, è necessario che, in capo al concorrente, si riscontri il dolo, ossia la rappresentazione e la volizione di realizzazione del fatto tipico sanzionabile penalmente e di contribuire con la propria azione allo stesso¹¹⁸.

Dunque, in base al presente modello, nulla sembrerebbe ostacolare la configurazione del concorso nel reato dell'*ISP*, poiché esso fornisce mezzi e “servizi” in maniera consapevole e anche perché la fornitura e il mantenimento da parte del *provider*, tramite mezzi *hardware* e *software* nella disponibilità degli utenti della rete ed il cui funzionamento quotidiano è da esso dipendente, anche se in tutto od in parte automatizzato, rappresenta la condizione essenziale per la circolazione dei dati, delle informazioni e dei messaggi e per l'utilizzo dei medesimi¹¹⁹.

A tale orientamento maggioritario, però, se ne contrappone uno più garantista¹²⁰ che subordina la responsabilità concorsuale dell'*ISP* alle modalità dell'esercizio dell'attività del *provider*, in quanto risulta imprescindibile un contributo particolarmente intenso dal punto di vista soggettivo, nonché la presenza di un'oggettiva possibilità di impedire la commissione del delitto. Così come da ultimo considerato, il concorso commissivo si integrerebbe solo “nel

¹¹⁸ *Ex pluribus*: Cass. pen., Sez IV, Sent. n. 24615 dell'11 giugno 2014; Cass. pen., Sez. IV, Sent. n. 9296 del 27 febbraio 1995;

¹¹⁹ PICOTTI, *La responsabilità penale dei Service Provider in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 502

¹²⁰ *Ex pluribus*: DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. GRASSO- L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 323 ss.; FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Giuffrè, Milano 2010, p. 460.

caso di *Newsgroups* moderati personalmente dal *Service-Provider* e in quello di *Mailing-List* dallo stesso compilate, quando i dati vengano inseriti nel circuito di pubblico accesso dopo un vaglio contenutistico mediante cioè una positiva attività¹²¹.

Si chiarisce però che, per non rimanere nell'area c.d. *de jure condendo*, bisogna fare affidamento ad una normativa, ossia il d.lgs. 70/2003, emanato in attuazione della direttiva 200/31/CE, il quale ha la finalità di introdurre dei limiti all'addebito della responsabilità dell'ISP.

2.2.2. Il d.lgs. 70/2003 e il concorso di persone nel reato.

Il decreto legislativo n. 70 del 9 aprile 2003, come già preannunciato nel paragrafo precedente, è in 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 elettronico¹²². La Relazione governativa che accompagna il provvedimento in oggetto sottolinea che la predetta direttiva europea si basa sulla clausola del “mercato interno”¹²³, ossia sulla creazione di una regolamentazione supervisionato dallo Stato membro di

¹²¹ SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, P. 1208.

¹²² Per la materia trattata, il decreto legislativo 70/2003 viene anche detto “decreto del commercio elettronico”.

¹²³ Art. 3, comma 1 e comma 2 del d.lgs. 70/2003. In particolare si considera esplicito il considerando n. 22 che recita: “Information society services should be supervised at the source of the activity, in order to ensure an effective protection of public interest objectives; to that end, it is necessary to ensure that the competent authority provides such protection not only for the citizens of its own country but for all Community citizens; in order to improve mutual trust between Member States, it is essential to state clearly this responsibility on the part of the Member State where the services originate; moreover, in order to effectively guarantee freedom to provide services and legal certainty for suppliers and recipients of services, such information society services should in principle be subject to the law of the Member State in which the service provider is established”.

origine dell'attività dei prestatori. Le finalità dell'atto di diritto dell'UE sono quelle di garantire la libera prestazione dei servizi *online* in tutta l'attuale Unione Europea redigendo delle norme uniformi per il commercio elettronico privo di confini.

Per iniziare l'analisi della funzionalità del d.lgs. 70/2003 si menzionano quattro articoli: l'art. 14, l'art. 15, l'art. 16 e l'art. 17. Ciò che accomuna tali norme è la disposta esclusione e le limitazioni della responsabilità dell'*ISP*, non solo penale ma anche civile, sulla base della tipologia dell'attività svolta.

Innanzitutto l'art. 14 del decreto legislativo in esame è rubricato: "Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - *Mere conduit*" e recita come di seguito:

"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".

Analizzando il dato normativo, i limiti alla responsabilità penale del *provider* sono destinati in particolare all'*access provider* e al *mere conduit*, rispettivamente il servizio di fornitura di accesso alla rete e il servizio di trasmissione dei dati. In prima battuta, sebbene sarà oggetto di un successivo approfondimento, si osserva che non si ritiene corresponsabile l'*ISP* che abbia solamente un ruolo passivo ed automatico nella diffusione dei *file* in rete, senza averli selezionati e qualora fosse ignaro del contenuto degli stessi.

Andando avanti con la trattazione, si prosegue con l'art. 15 ("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 inoltramento 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 settore;
- 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”.

Si desume dalla norma summenzionata che nell'ipotesi in cui il *provider* svolga funzioni di *caching*, ossia di mera memorizzazione temporanea dei dati, qualora non intervenga, in alcun modo, su questi ultimi e rimuova le informazioni con contenuto illecito non potrà essere sanzionato od obbligato al risarcimento dei danni causati dal materiale memorizzato.

Riguardo all'attività di hosting si noti l'art. 16, rubricato “Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – *hosting*”. Esso dispone che

“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”.

In questa previsione normativa, il legislatore mette in atto un'operazione di differenziazione tra la sanzione penale e quella civile: infatti il *provider* non

sarà destinatario del rimprovero penale ove non sia a conoscenza del fatto che l'informazione o l'attività memorizzata sia *contra legem* o qualora abbia rimosso i contenuti incriminati.

Infine l'art. 17 ("Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza") detta che:

“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”.

Si sottolinea quindi che l'*ISP* viene esonerato dal dovere di vigilanza sui dati che si limita a trasmettere o a memorizzare, nonché dall'onere di individuare fatti o circostanze che manifestino condotte illecite.

Dal punto di vista sostanziale, le summenzionate clausole di esclusione ex art. 14 e 15 del d.lgs. 70/2003 si inquadrerebbero nella categoria delle scriminanti anziché in quella di scusanti o di mere cause di non punibilità, poiché non sussisterebbe alcuna risposta possibile ai comportamenti segnalati non meritevoli di alcuna pena criminale: infatti non subentrano né sanzioni di tipo amministrativo, né obblighi civilistici di risarcimento, restituzione o indennizzo. Per giustificare tale orientamento è necessaria un approfondimento giuridico in merito alle cause di giustificazione, anche dette scriminanti.

2.2.2.1 Cause di giustificazione in senso stretto.

Le cause di giustificazione in senso stretto (anche dette scriminanti) sono situazioni che oltre ad escludere la pena, escludono il reato stesso. Dunque il fatto è lecito *ab origine*. Tale assioma di fondo comporta importanti conseguenze: viene eliminata l'antigiuridicità del fatto, nel senso che il fatto commesso non è una fattispecie criminosa ed è questa la differenza più eclatante rispetto alle scusanti e alle cause di non punibilità. Inoltre è inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione; la non punibilità si estende a tutti coloro che hanno partecipato al fatto; infine, esse hanno carattere oggettivo, nel senso che si applicano per il solo fatto che esistono.

2.2.2.2 Cause di esclusione della colpevolezza.

Nelle cause di esclusione della colpevolezza (anche dette scusanti) l'antigiuridicità del fatto permane, poiché la condotta è comunque illecita. Tuttavia non viene mosso alcun rimprovero all'autore dell'illecito penale,

poiché l'ordinamento italiano ritiene che per le circostanze in cui l'azione è stata messa in atto, non si poteva attendere un comportamento diverso da quello effettivamente e concretamente tenuto. In sintesi si può affermare che viene meno la colpevolezza, ma non l'antigiuridicità.

In questa categoria rientra, ad esempio, l'aver commesso un reato per la coazione morale esercitata da altri; secondo alcuni studiosi la reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (articolo 4 d.lgs. 288/1944); lo stato di necessità; ed ancora, taluni commentatori fanno rientrare nell'elencazione anche l'errore.

Di seguito a quanto detto, vi sono diverse considerazioni da evidenziare. Per prima cosa la non punibilità opera solo nei confronti del *reo* e non dei *correi*, in virtù del proprio carattere soggettivo, in secondo luogo possono essere applicate sanzioni civili.

2.2.2.3. Cause di esenzione della pena.

Per quanto concerne le cause di esenzione della pena (anche dette cause di non punibilità) si parla di circostanze che non rimuovono né l'antigiuridicità né la colpevolezza, piuttosto il legislatore decide di non applicare la pena per ragioni giuridiche o pratiche o per salvaguardare particolari controinteressi che si riferiscono alla fattispecie criminosa interessata¹²⁴.

Ne deriva che la non punibilità non si estende ai coautori del reato e che possono essere irrogate, anche in tal caso, le sanzioni civili.

¹²⁴ Si enuncia, a titolo esemplificativo, il furto commesso da un figlio ai danni del genitore, ai sensi dell'art. 649 c.p.

2.2.3. (Segue): ulteriori forme di responsabilità penale dell'ISP.

Le disposizioni legislative citate ed esaminate precedentemente trovano un senso solo se si considera che non si può ritenere responsabile l'ISP, sia esso autore o coautore del reato, qualora non abbia agito con almeno dolo diretto¹²⁵, ossia deve essere accertata l'effettiva conoscenza del contenuto illecito di dati trasmessi o memorizzati.

Si desume che il *provider* non potrà essere incolpato penalmente nell'ipotesi in cui abbia cooperato colposamente (art. 113 c.p.) con altri soggetti oppure a titolo di concorso colposo nell'altrui reato doloso¹²⁶ o ancora per reato, realizzato da un terzo, diverso da quello voluto¹²⁷. Per giustificare l'esclusione delle suddette ipotesi si ritiene necessario, in questa sede, inquadrare nel dettaglio gli istituti che si richiamano. Innanzitutto l'art. 113 c.p. recita:

“1. Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso.

2. La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112”.

Il concorso colposo è un concorso anomalo, in quanto non ricorrono gli elementi propri di quello doloso: la consapevolezza dell'illeceità dell'azione e la volizione della realizzazione del *crimen*. Questo istituto, perciò, si caratterizza per l'assenza del previo concerto tra i compartecipi e della volontà della consumazione del fatto criminoso. Pertanto, a quanto pare, non è corretto

¹²⁵ DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 81.

¹²⁶ SERRANO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 453 ss.; di diverso avviso è PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Jovene, Napoli, 2004, p. 121 ss.

¹²⁷ GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 2197.

l'inquadramento dell'attività dell'ISP nell'art. 113 c.p., poiché presupposto della sua responsabilità è la conoscenza della rilevanza penale del comportamento dell'utente.

Invece, per quanto riguarda la partecipazione a titolo di colpa in un reato doloso altrui, essa appare di difficile collocazione nel nostro ordinamento giuridico, soprattutto rispetto alla lettura dell'art. 42, comma 2 c.p.:

“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge”.

Tuttavia, un'autorevole dottrina precisa che l'art. 113 c.p. è “norma meramente chiarificatrice del titolo di responsabilità in ipotesi di cooperazione colposa omogenea” e al contempo è “norma di copertura del titolo di responsabilità colposa in ipotesi di cooperazione nelle quali convergano anche contributi dolosi”¹²⁸. In continuità a tale argomentazione Albeggiani sostiene che “il requisito della espressa previsione del ‘titolo’ di responsabilità colposa può dedursi anche dalla singola norma incriminatrice, senza bisogno che, a questo scopo, venga formulata un'apposita disposizione nell'ambito del concorso”¹²⁹. Per questa ragione, sembra condivisibile l'affermazione secondo cui “la mancanza di una espressa regola generale non può interpretarsi come rifiuto ad ammettere, nel concorso di persone, la differenziazione del titolo

¹²⁸ SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 237 ss.

¹²⁹ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 209; di contraria opinione è SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 466; si veda anche Cass. pen., Sez. IV, Sent. n. 39680 del 9 ottobre 2002.

soggettivo di responsabilità”, poiché quest’ultimo dovrebbe essere oggetto di dimostrazione¹³⁰.

Infine si ritiene opportuno approfondire brevemente l’art. 116 c.p., ossia la consumazione di un reato, per mano di un altro soggetto, diverso da quello voluto. La norma in questione afferma che:

“1. Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione.

2. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave”.

Si tratta, anche in questo caso, di un concorso anomalo ossia il corresponsabile, il *provider*, risponderebbe a titolo di dolo di un fatto commesso con colpa. Esso consiste nell’ipotesi in cui taluno dei *correi* realizzi un reato diverso da quello in origine programmato; il fatto criminoso poi commesso deve essere riconducibile sotto il profilo di causalità al contributo di un altro concorrente che non abbia avuto la volontà di consumare quel determinato reato che alla fine si è perfezionato per l’iniziativa del compartecipe.

Per una maggiore chiarezza interpretativa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 42 del 13 maggio 1965 della Corte Costituzionale ha precisato che, considerando il rispetto dell’ art. 27 della Costituzione, ovverosia il principio della responsabilità penale personale, si ravvisa la responsabilità del concorrente ex art. 116 c.p., per il diverso fatto di reato commesso dal corresponsabile, solo qualora tale diverso fatto possa essere considerato uno sviluppo logicamente prevedibile del reato oggetto del programma criminoso. Per tal ragione la responsabilità del *provider* sarebbe

¹³⁰ ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 70.

sostanzialmente colposa poiché vi sarebbe la mancanza di volontà di commettere il reato diverso da quello precedentemente definito ed inoltre è necessario che sussista la prevedibilità logica della realizzazione della fattispecie incriminatrice diversa. Per completezza informativa è utile aggiungere che ai fini dell'inquadramento di un caso concreto nell'art. 116 c.p. non deve essere accettato alcun rischio della verifica di un reato diverso, altrimenti troverebbe applicazione l'art. 110 c.p. a titolo di dolo eventuale.

Considerato il presupposto essenziale dell'indispensabile conoscenza effettiva del contenuto illecito dei dati da parte dell'ISP, non pare configurabile neppure il concorso a titolo di dolo eventuale. In tal caso, infatti, il soggetto ritiene seriamente possibile la realizzazione del fatto, ma non la certezza che esso si verifichi e, "pur di non rinunciare all'azione" e ai vantaggi che ne deriverebbero, "accetta che il fatto possa verificarsi"¹³¹.

Quanto su esplicito trova riscontro nella versione inglese della direttiva 2000/31/CE riguardo alla conoscenza richiesta all' *host provider* per la verifica e l'accertamento della sua responsabilità: ad esso deve essere riferibile *l'actual knowledge*, ossia "la conoscenza che il *reo* ha degli elementi del fatto ed equivale all'*intention*"¹³², o meglio devono potersi riscontrare *direct intention* ed *oblique intention*, rispettivamente il dolo intenzionale e il dolo diretto in base al nostro ordinamento. L'*actual knowledge* è, perciò, un concetto ben definito e si scontra con la *constructive knowledge*, cioè una conoscenza presunta fondata sul "must have known", traducibile in italiano come "non poteva non sapere"¹³³.

In questo ambito, oggetto di un'accesa diatriba sono le limitazioni della responsabilità del cd. *host* attivo, ossia i motori di ricerca quali *Google* oppure gli *User Generated Content*, come *YouTube*: essi sono l'ISP che, oltre alla

¹³¹ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 299; cfr. Cass. pen., Sez. Unite, Sent. n. 12433 del 30 marzo 2010.

¹³² VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, p. 279.

¹³³ SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 387 ss.

memorizzazione delle informazioni dei propri *server*, compie ulteriori attività, ad esempio l'indicizzazione, il filtraggio, la selezione o l'organizzazione dei contenuti. Gli studiosi¹³⁴ che sono contrari all'applicazione del d.lgs. 70/2003 nei confronti di questo tipo di *provider*, si basano sull'art. 16 del medesimo decreto legislativo, che individua la mera passività come presupposto sufficiente per l'esenzione dal rimprovero penale: infatti, solo qualora il *provider* intervenga sulla veicolazione dei dati non potrà godere del regime favorevole del summenzionato in argomento. Tuttavia c'è chi¹³⁵ sostiene che l'unico limite di applicazione della normativa consiste nell'effettiva conoscenza del contenuto illecito dei dati al momento della trasmissione e memorizzazione¹³⁶ e non anche nelle particolari funzioni svolte dai *provider*: quindi si evince che tale orientamento dottrinale considera erroneo il richiamo al suddetto dato legislativo.

2.2.4. Conclusioni sul paradigma del provider “cittadino”.

Si osserva in battuta finale che il legislatore italiano è propenso a privilegiare la libertà di manifestazione del pensiero rispetto ad altri diritti, adottando in tal modo una posizione garantista nei confronti della figura dell'*ISP*.

¹³⁴ CAJANI, *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google video*, in PICOTTI, RUGGIERI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali processuali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 223 ss.

¹³⁵ INGRASSIA, *op. cit.*, p. 40.

¹³⁶ Nel caso di intervento sui dati memorizzati o di conoscenza delle informazioni prima della trasmissione l'*ISP* risponderà in base alle norme che disciplinano il concorso di persone nel reato.

2.3. Il paradigma del provider “controllore”.

L’assimilazione del *provider* ad un controllore sposta “l’ago della bilancia” della tutela legislativa dall’*ISP* ai terzi: infatti, in tali ipotesi, quest’ultimo dovrà controllare quale materiale può essere immesso in rete e quale no. Il nucleo fondante del paradigma in discorso è il riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al *provider*, che rimane tuttora discussa in dottrina ed in giurisprudenza.

Un’ autorevole dottrina¹³⁷, seppur minoritaria, è invece orientata in senso opposto rispetto a quanto già steso, ossia ha individuato *de jure condendo* ipotesi in cui sarebbe possibile addebitare la responsabilità penale al *provider* per omesso impedimento di illeciti. Tale considerazione deriverebbe dalle norme quali gli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3 e 17 del d.lgs. 70/2003; gli artt. 14 ter e quater inseriti dall’art. 19 della L. 38/2006 in seguito alle disposizioni della L. 269/1998. Questi riferimenti normativi impongono di impedire l’accesso alle pagine *web* con contenuto penalmente rilevanti e di provvedere alla rimozione dei dati memorizzati sui propri *server*.

Di particolare rilevanza sono l’art. 14 ter e l’art. 14 quater introdotti con la L. 38/2006: in tale paragrafo ci si limiterà alla mera esposizione del dettato normativo. In particolare l’art. 14 ter (“Obblighi per fornitori dei servizi della società dell’informazione resi attraverso reti di comunicazione elettronica”) dispone al comma 1 che:

“1. I fornitori dei servizi resi attraverso reti di comunicazione elettronica sono obbligati, fermo restando quanto previsto da altre leggi o regolamenti di settore,

¹³⁷ PICOTTI, *La responsabilità penale*, cit., p. 504; ID., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (l. 6 febbraio 2006, n. 38) (parte seconda)*, in *Stud. Iur.*, 2007, pp. 1206 e 1207 ss.

a segnalare al Centro¹³⁸, qualora ne vengano a conoscenza, le imprese o i soggetti che, a qualunque titolo, diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche in via telematica, di materiale pedopornografico, nonché a comunicare senza indugio al Centro, che ne faccia richiesta, ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti”.

Invece l’art. 14 quater, comma 1 (“Utilizzo di strumenti tecnici per impedire l’accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico”):

“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”.

Basare la tesi della dottrina minoritaria su tale riferimento legislativo sembra di difficile comprensione. Per cercare una risposta a queste perplessità è utile suddividere in due categorie le suddette norme, prendendo come elemento dicotomico la tipologia di attività imposte all’ISP. Nel primo gruppo si inseriscono l’art. 17 del d.lgs. 70/2003 e l’art. 14 ter della L. 269/1998. Tali riferimenti giuridici obbligano il *provider* a segnalare all’autorità competente i

¹³⁸ L’art. 14 bis, comma 1 della L. 269/1998 (“Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete INTERNET”) esplica la funzione del “Centro”. Esso consiste nel Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete ed 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, nonché riferibili ai gestori e gli eventuali beneficiari dei relativi pagamenti, ed inerenti ai siti che diffondono materiale derivante dall’utilizzo di minori attraverso *internet* e ad altre reti di comunicazione.

reati commessi in rete, una volta esserne venuta a conoscenza. Si ravvisa un mero obbligo di attivazione piuttosto che un dovere di impedimento della realizzazione delle fattispecie criminose. Al fine di fornire maggiori delucidazioni in merito alla questione, si consideri la tripartizione tra gli obblighi di attivarsi, gli obblighi di sorveglianza e gli obblighi di garanzia. Tra gli studiosi c'è chi afferma¹³⁹ che il primo sia “un dovere di agire, al verificarsi di un determinato presupposto (atto o fatto giuridico) indicato dalla norma. Tale obbligo può essere o meno dotato di rilievo penalistico, (...) la violazione di tale obbligo può importare, di regola, esclusivamente una fattispecie omissiva propria”; mentre l'obbligo di garanzia grava su particolari soggetti aventi poteri giuridici, i c.d. garanti, e consiste nel vigilare e nell'intervenire in quella data situazione di pericolo per il bene giuridico, oggetto di tutela che i titolari dello stesso non sono in grado di salvaguardare. Nell'ambito dei delitti ex artt. 600 ter, 600 quater, 600 quater1 e 609 undecies c.p., essendo fattispecie di mera condotta, l'obbligo da parte dell'ISP è fisiologicamente successivo alla consumazione dei reati e poiché l'azione del fornitore di servizi ha in tal caso solo lo scopo di attenuare le conseguenze di un fatto già realizzato, non si ritiene opportuno configurare il reato omissivo improprio¹⁴⁰. Nella seconda categoria, invece, si collocano gli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3 del d.lgs. 70/2003, l'art. 14 quater della L. 269/1998 che dispongono l'obbligatorietà della rimozione da parte dei providers dei dati, con contenuto illecito, memorizzati sui propri *server* e dell'inibizione all'accesso ai siti ove si possono trovare le già dette informazioni¹⁴¹. Anche da tali ipotesi è possibile dedurre la sussistenza dell'obbligo di attivarsi e non dell'obbligo di impedimento di reati commessi

¹³⁹ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 55 e 56.

¹⁴⁰ DE NATALE, *Responsabilità penale*, cit., p. 308 ss.

¹⁴¹ Si veda sull'obbligo di filtraggio il Decreto del Ministero delle comunicazioni dell'8 gennaio 2007 in relazione all'art. 600 ter, comma 3 c.p.

da altri soggetti, come anche esposto dalla giurisprudenza civile nel noto caso *About Elly*¹⁴².

Al contrario di quanto suesposto, nel nostro ordinamento tutti i formanti, quello legislativo, dottrinale e giurisprudenziale¹⁴³, affermano costantemente l'esclusione di un obbligo di garanzia gravante sui fornitori di servizi in rete; si bandisce ogni tipo di obbligo di impedimento dei reati commessi dagli utenti della rete¹⁴⁴. *In primis* non esiste una norma che imponga qualche dovere del *provider* di controllare le condotte dei soggetti operanti in rete o di tutelare beni che possano essere offesi nel "non luogo"¹⁴⁵. *In secundis* è lo stesso art. 17 del d.lgs. 70/2003 che ribadisce la non sussistenza di un obbligo da parte del *provider* di sorvegliare le informazioni che trasmette o memorizza, né tantomeno di un obbligo generale di compiere un'attività di ricerca di fatti o circostanze sintomatiche di un'azione non conforme alla legge; per giunta è punito penalmente (ex art. 616 c.p.) l'eventuale controllo delle comunicazioni personali tra gli utenti, poiché si integra la fattispecie di reato della violazione di corrispondenza. Inoltre, non è plausibile neppure l'equiparazione tra il *provider* e il direttore del giornale, ai sensi dell'art. 57 del codice penale, in quanto, adottando una tale interpretazione, si cadrebbe nel divieto dell'analogia

¹⁴² Cfr. Trib. Civ., Roma, Sez. IX Civile, ordinanza n. 25471 del 16 giugno 2011: "è escluso un dovere di controllo preventivo del provider rispetto ai contenuti immessi in rete, essendo viceversa prevista la possibilità, comunque condizionata a determinate condizioni, di un intervento dello stesso provider successivo alla segnalazione della violazione; conseguentemente la preventiva individuazione dei contenuti web di carattere illecito costituisce un'attività che non può certamente essere rimessa al *provider*, essendo viceversa tale attività il risultato di una valutazione rimessa in primo luogo al titolare del diritto che si afferma leso".

¹⁴³ *Ex pluribus*: SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. info.*, 1998; MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. info.*, 2001.

¹⁴⁴ RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 378 ss; NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 189 ss.

¹⁴⁵ RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1726.

in *malam partem* dell'art. 57 c.p.; in più tale esclusione è giustificata dalla struttura dei delitti oggetto della trattazione *in itinere*, poiché sono fattispecie di reato a forma vincolata e quindi non libera e pertanto non consentono alcun margine di manovra.

Da considerare è anche la mancanza dei poteri impeditivi¹⁴⁶ delle commissioni di comportamenti sanzionabili penalmente, sia giuridicamente che di fatto. Infine ed in concreto, giova constatare che l'*ISP* non ha la possibilità di supervisionare il materiale trasmesso e memorizzato “dato l'enorme flusso di dati che transitano sul o sui *server* gestiti da ciascun *provider*, essendo oltretutto sempre possibile che la trasmissione di o l'accesso a determinati dati avvengano anche per selezione (automatica o meno) di collegamenti alternativi, in conformità con la struttura aperta (od ‘anarchica’, come è stato detto) di *internet*, che non rappresenta alcun unitario sistema centralizzato, ma una possibilità di molteplici connessioni, fra reti e *computer* diversi, ‘semplicemente’ in grado di scambiarsi dati utilizzando protocolli di trasmissione comuni”¹⁴⁷.

Anche gli artt. 14 e seguenti del d.lgs. 70/2003 permettono all'*ISP* solamente di impedire l'accesso ai dati da altri immessi in rete e di rimuoverli in seguito alla richiesta esplicita delle autorità o qualora il materiale sia palesamente illecito¹⁴⁸.

In conclusione, secondo alcuni studiosi¹⁴⁹ non si ravvede alcuna pericolosità in concreto, nella gestione dei servizi da parte del *provider*, che legittimi l'intervento invasivo dello stesso: infatti, non viene messo a repentaglio alcun

¹⁴⁶ Si veda al riguardo del controverso concetto di potere impeditivo NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., p. 275 ss.

¹⁴⁷ PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 380

¹⁴⁸ Si veda SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1928, il quale pone le basi per gli artt. 14, comma 3, 15, comma 2 e 16 comma 3 del d.lgs. 70/2003.

¹⁴⁹ RESTA, *La responsabilità penale*, cit., p. 1725; si veda anche PETRINI, *La responsabilità penale*, cit. p. 169.

bene giuridicamente e socialmente rilevante, nonché tale da consentire un accertamento *ex ante* del materiale da immettere all'interno del cyberspazio e senza rischiare di opprimere eccessivamente la libertà di alcuno. Tuttavia, secondo altra dottrina¹⁵⁰ il pericolo sussiste, come nel caso dell'*upload* di un video che rappresenterebbe una “minaccia” per il bene giuridico da proteggere, tenuto conto dell'epidemiche diffusione dei messaggi in rete.

A livello giurisprudenziale, l'assenza di obblighi in capo all'*Internet Service Provider* è confermata dal Tribunale di Milano, Sez. V Penale, sentenza n. 1993 del 18 marzo 2004¹⁵¹. La decisione in esame evidenzia che il *service* e l'*host provider* non hanno alcun obbligo giuridico di controllo preventivo del materiale contenuto e neppure di impedimento della condotta illecita compiuta dal *content provider*. Per quanto concerne il concorso mediante un comportamento commissivo, inoltre, “perché si possa configurare un contributo causale all'illecito del *content provider* da parte del *server* [*provider*, n.d.r.] occorre che quest'ultimo si sia inserito nella divulgazione del messaggio con un *quid pluris* rispetto alla sua solita attività, con una interazione con detto sito”. Il fatto oggetto della pronuncia riguarda un titolare di un sito contenente un *link*, ossia un collegamento ipertestuale ad un altro sito nel quale era stato immesso materiale pornografico a danno di minori. Il Tribunale ambrosiano ha così emesso una sentenza di assoluzione nei confronti dell'imputato accusato di aver tenuto una condotta ex art. 600 ter, co. 3, c.p., poiché al soggetto interessato non era riconducibile alcun coinvolgimento nell'altrui condotta; in più il Collegio ha sottolineato che un semplice *link* che collega due siti non può giustificare l'addebito della responsabilità penale, né può essere condizione per un controllo sul contenuto dello stesso.

¹⁵⁰ SGUBBI, *Parere pro-veritate*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2009, p. 746.

¹⁵¹ Il Tribunale ambrosiano è stato il primo ad emettere un provvedimento sul tema della responsabilità derivante da un *link* in rete.

2.3.1. Conclusioni sul paradigma del provider “controllore”.

Appare difficile comprendere la possibilità di un controllo preventivo del materiale caricato sui *server*, in quanto il *provider* si trova davanti ad un *mare magnum* incontrollato. L'*ISP* può adottare delle misure che fungano da deterrente per potenziali criminali, ma non può di certo supervisionare *ex ante* l'attività di ogni *uploader*.

2.4. Il paradigma del provider “tutore dell'ordine”.

Considerato che viene riconosciuto come valido, almeno in via generale, il modello dell'*ISP* come cittadino, rimane da valutare se altrettanto valevole sia quello del “tutore dell'ordine”, ossia se si possa attribuire al *provider* l'obbligo di cooperazione con le autorità competenti di reati già realizzati, costruito sulle fattispecie omissive proprie, al fine di reprimere più che di prevenire gli illeciti penali.

A tal riguardo viene ipotizzata dalla dottrina¹⁵², ma non trova ancora riscontri giurisprudenziali, l'imposizione di obblighi di denuncia, e quindi di collaborazione con l'autorità di competenza, qualora abbia un'effettiva conoscenza dei fatti criminosi verificati e, se richiesto, di comunicazione di dati utili per l'individuazione dell'autore; inoltre, in questo ideale di *provider*, a quest'ultimo si attribuisce anche il dovere di rimozione del materiale memorizzato sui propri *server* che sia in contrasto con la legge.

Partendo dalla prima ed eventuale tipologia di doveri, si pone il quesito della possibile configurazione del favoreggiamento personale, disciplinato dall'art.

¹⁵² SPAGNOLETTI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 1929 e 1930; DE NATALE, *Responsabilità penale*, cit., p. 317.

378 c.p., nel caso in cui vi sia l'omessa denuncia da parte del *provider* presso l'autorità competente. Secondo la giurisprudenza di legittimità¹⁵³ sarebbe plausibile tale inquadramento giuridico, poiché il favoreggiamento personale si realizza anche attraverso un *non facere* antidoveroso. Tuttavia c'è da sottolineare un'osservazione fatta da una parte della dottrina¹⁵⁴, cioè che la giurisprudenza, nell'asserire quanto chiarito, presupponga la sussistenza di una norma che ordini al soggetto interessato un *facere*: ne consegue l'urgente risoluzione dell'interrogativo sull'esistenza di un vero e proprio obbligo imposto all'*ISP* secondo la disciplina dell'art. 17 d.lgs. 70/2003. Come ulteriore elemento indiziante, che porterebbe a negare la possibilità di accusare il *provider* per il fatto ex art. 378 c.p. è l'art. 14 ter della L. 269/1998, che applica una sanzione amministrativa, in seguito alla violazione degli obblighi di comunicazione al "Centro nazionale per il contrasto alla pedopornografia" da parte sia delle persone fisiche e sia di quelle giuridiche che commettano degli illeciti penali in materia. Tale previsione porta a ritenere che, per la specialità e sussidiarietà della sanzione penale, non possa quest'ultima essere irrogata nel caso di mancata denuncia e quindi di non cooperazione con le autorità. Si aggiunga che la sanzione prevista per il *provider* che viola le disposizioni dell'art. 17 del d.lgs. 70/2003 è civile: infatti il terzo comma della norma prevede conseguenze civilistiche qualora il fornitore di servizi ometta di informare di un illecito penale e qualora sia conoscenza del fatto medesimo; in più l'articolo in questione non viene richiamato dall'art. 21 del decreto legislativo menzionato, che predispone una sanzione amministrativa per il non rispetto delle disposizioni a cui lo stesso rinvia; infine non troverebbe alcuna ragion d'essere l'inserimento dell'art. 14 ter della L. 269/1998, che è precetto speciale rispetto all'art. 17 d.lgs. 70/2003, se quest'ultimo irrogasse sanzioni

¹⁵³ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sent. n. 31346 del 18 maggio 2004: "In tema di favoreggiamento personale, l'aiuto richiesto per la configurazione del reato riguarda ogni condotta, anche omissiva, come il silenzio, la reticenza, il rifiuto di fornire notizie avente ad oggetto il risultato di consentire all'autore di un delitto di eludere le investigazioni dell'autorità".

¹⁵⁴ INGRASSIA, *op. cit.*, p. 60 ss.

penali o amministrative in seguito all'omissione di comunicazione dei reati che l'ISP conosce.

In seconda battuta, secondo altri studiosi¹⁵⁵ la mancata rimozione di materiale illecito dai *server* sarebbe sussumibile all'ipotesi delittuosa di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento giurisprudenziale¹⁵⁶. Tuttavia tale tesi non pare condivisibile poiché la stessa Suprema Corte¹⁵⁷ specifica che è necessaria la realizzazione di atti fraudolenti volti ad eludere l'obbligo di cui si discorre. Ciò perché l'art. 388 c.p. ("Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice") è una fattispecie criminosa a forma vincolata, pertanto il mero inadempimento non si ritiene sufficiente ai fini dell'addebito della responsabilità penale¹⁵⁸.

Appare, quindi, più ragionevole invocare la contravvenzione ai sensi dell'art. 650 c.p. ("Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità"), sebbene anche in questo caso non vengano meno le perplessità già esplicate in merito al favoreggiamento personale ed in particolar modo quelle inerenti il rapporto di specialità tra l'art. 14 quater della L. 269/1998 e la norma predetta, ovvero l'art. 650 c.p.

Rimane indiscussa la configurazione della responsabilità civile nei confronti del *provider* che non collabora con le autorità al fine dell'individuazione del soggetto agente. Anche in questo caso non mancano, però, i detrattori di questa tesi ed in particolare gli stessi *ISP* si scagliano contro tale regime. Uno tra tutti è *Google* che ha dichiarato ufficialmente che "tutto ciò attacca i principi

¹⁵⁵ SPAGNOLETTI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 1929 e 1930

¹⁵⁶ BISORI, *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, vol. III, 2008, p. 673 ss.; MANNUCCI PACINI, Sub art. 388, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, ed. III, Ipsoa, Milano, 2011, p. 3985 ss.; ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, ed. IV, 2009, Cedam, Padova, p. 386 ss.

¹⁵⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. III, Sent. n. 8274 del 9 aprile 2014.

¹⁵⁸ BISORI, op. cit., pp. 682 e 683.

fondamentali di libertà su cui Internet è stato costruito [...] se ogni *social network* o *blog* fosse responsabile per il trasferimento di ogni singolo dato caricato dagli utenti [...] il *Web*, così come lo conosciamo, cesserebbe di esistere”.

2.4.1. Conclusioni sul paradigma del provider “tutore dell’ordine”.

Il modello appena esposto supera le problematiche interpretative riscontrate in quello del “controllore” (cfr. par. 2.3.), tra cui quella di un’individuazione dell’*ISP* come censore, senza considerare il necessario bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco. Tuttavia si evidenzia che l’ipotizzabile applicazione di punizioni penali per inottemperanza degli obblighi destinati al *provider* non sono condivisibili se si tiene conto delle già previste sanzioni amministrative e civili e pertanto, tutt’al più le prime saranno irrogate solo qualora si ritenga insufficiente la tutela da parte delle ultime due¹⁵⁹, in conformità con il principio dell’*extrema ratio* del sistema sanzionatorio penale.

2.5. Riflessioni in merito ai tre idealtipi.

Qualunque paradigma si accetti, in via generale non si può ritenere responsabile penalmente l’*ISP tout court*, in base al disposto dell’art. 15 della direttiva 2000/31/CE (“Assenza dell’obbligo generale di sorveglianza”), poiché esso dichiara che:

¹⁵⁹ DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 91.

“1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Gli Stati membri possono 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”.

Tale norma sancisce apertamente l'assenza di rimprovero penale nei confronti del *provider* in termini generali, o meglio si pone in una posizione di favore nei confronti dello stesso, riconoscendo l'ardua possibilità di prevenire la consumazione dei delitti informatici in parola e non solo. Tuttavia la direttiva non li inquadra come meri fornitori di accesso in rete, ma li responsabilizza come si nota dal considerando n.42:

“Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate”.

Ciò riportato è a dimostrazione di un trattamento degli *Internet Service Provider* non di certo incondizionato, ma attento ad esigenze di ordine giuridico e pratico.

3.Focus sulla responsabilità civile del provider.

Anche in questo caso bisogna prendere come riferimento la direttiva europea 2000/31/CE, e quindi il d.lgs. 70/2003.

Per prima cosa è necessaria una prima distinzione, che vale sia nel campo penale che civile, cioè quella tra il *provider* definibile “attivo” e quello definibile “passivo”¹⁶⁰.

Per *provider* attivo si intende colui che commette direttamente illeciti e che pertanto, al pari di ogni altro soggetto di diritto, dovrà rispondere ai sensi dell’art. 2043 c.c.¹⁶¹ e nel caso, qualora ricorrano tutti i presupposti, di altre norme speciali.

Invece il *provider* “passivo” è colui che invece compie una “attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo”¹⁶² e che di conseguenza è destinatario di un regime garantista. A proposito di questa tipologia di fornitore di servizi, si distingue la disciplina generale, che trova applicazione a qualunque *provider* passivo e le cause speciali di esonero di responsabilità, che si diversificano in base alla tipologia di attività dell’*ISP*¹⁶³. Qui si osserva che l’assenza di obblighi

¹⁶⁰ Cfr. Corte di Giustizia Europea, Sez. Grande, Sentenze C-236/08 a C-238/08 (caso *Google v. Louis Vuitton*) del 23 marzo 2010; si veda anche COLOMBA, *I diritti nel cyberspazio. Architetture e modelli di regolamentazione. Con un saggio di Lawrence Lessing*, Diabasis, Parma, 2016, pp. 71 e 72

¹⁶¹ Art. 2043 c.c. (“Risarcimento per fatto illecito”), Libro IV (“Delle obbligazioni”), Titolo IX (“Dei fatti illeciti”): “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

¹⁶² Cfr. Trib. civ., Roma, Sez. I civile, Sent. n. 4986 del 9 luglio 2014.

¹⁶³ Si rinvia al par. 2.2.2.

generali di sorveglianza e di individuazione degli illeciti riferibili eventualmente al *provider* passivo esclude l'accertamento della responsabilità oggettiva e soggettiva aggravata o per colpa presunta, e quindi esclude l'applicazione dell'art. 2050 c.c.

Da evidenziare appare, ancora una volta, il comma 3 dell'art. 17: la previsione legislativa integra quanto definito dalla direttiva europea 2000/31/CE e lo fa lecitamente poiché l'UE lascia ampi margini di manovra agli Stati membri, al fine di delineare liberamente le varie normative interne. In primo luogo la clausola generale di responsabilità del *provider* passivo si articola in due ipotesi alternative: la prima riguarda l'inerzia di quest'ultimo a fronte della richiesta da parte delle autorità competenti, e non anche dei danneggiati o di terzi, nell'ostacolare l'accesso a determinati contenuti. La seconda situazione, invece, si realizza qualora il prestatore di servizi sia venuto a conoscenza dell'illeceità del contenuto all'interno di un servizio e non abbia provveduto ad informare l'autorità referente. In aggiunta vi sono talune cause speciali di esonero dal rimprovero civile che si diversificano in base alla funzione del *provider*: *mere conduit*, *caching* o *hosting*.

Si rammenta che l'attività di *mere conduit* consiste nella trasmissione di informazioni fornite da un destinatario del servizio su una rete di comunicazioni oppure nel fornire l'accesso alla rete stessa; si includono l'attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, purché serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo. In questo caso l'art. 14, comma 1 del d.lgs. 70 del 2003 "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". Esse sono cause di esonero da responsabilità cumulative e pertanto per l'esclusione dell'applicazione di norme civili e per il trattamento favorevole del decreto legislativo occorre la

loro coesistenza ed inoltre risultano integrate da condotte di tipo omissive. Per tali motivi sembra che, in questo caso, il *provider* sia assimilato all'operatore telefonico, il quale non risponde, d'ordinario, degli illeciti posti in essere dagli utenti della sua rete.

Invece l'attività di *caching* corrisponde alla trasmissione, su una rete di comunicazione, di informazioni fornite da un destinatario del servizio, con la loro contestuale memorizzazione automatica, intermedia e temporanea al fine di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta. La differenza tra la predetta attività e quella in discorso è proprio la finalità perseguita. A tale riguardo, ai sensi dell'art. 15, comma 1 del d.lgs. 70 del 2003, "il prestatore non è responsabile [...] 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 settore; 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 disabilitarne 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". Anche in questa ipotesi si tratta di cause di esonero cumulative, ma questa volta risultano integrate da condotte sia omissive che commissive.

Diversamente, l'attività di *hosting* è quella più intensa e gravosa tra quelle passive, poiché consiste nella memorizzazione di informazioni, né transitoria e né temporanea, a richiesta di un destinatario del servizio. La durata della memorizzazione rappresenta, perciò il *discrimen* rispetto alle precedenti tipologie di *provider*. Si specifica che per l'*host provider* la disciplina di

riferimento è l'art. 16, comma 1 del d.lgs. 70/2003, per cui la responsabilità civile viene meno qualora “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”. Ulteriore differenza rispetto alle norme summenzionate è l'alternatività delle cause di esonero ivi enunciate.

Orbene, la previsione da ultimo citata è probabilmente la più rilevante e, al tempo stesso, la più controversa dell'intero d.lgs. 70 del 2003 (almeno per quanto concerne la responsabilità civile del provider). Per prima cosa si segnala la discrasia tra il testo del decreto sul commercio elettronico e quello della direttiva recepita¹⁶⁴. Per quanto definito sembra che l'*host provider*, per essere esente da ogni responsabilità, debba da un lato rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni contestate, una volta aver ricevuto la comunicazione delle autorità competenti, e dall'altro lato si debba solamente limitare ad informare senza indugio la stessa autorità qualora sia venuto a conoscenza dei dati illeciti per sua iniziativa oppure per la segnalazione del destinatario del danno o di altri (17, comma 2, lett. a) del d.lgs. 70 del 2003).

Nel complesso si riscontra nell'ordinamento italiano un atteggiamento a favore degli *ISP* ed in particolare qualora si paventi la possibilità di un addebito di responsabilità di tipo civile nei confronti di un *provider* “attivo”, la responsabilità sarà in linea generale soggettiva ai sensi dell'art. 2043 c.c., mentre per il *provider* “passivo” vi sono misure di attenuazione o addirittura di

¹⁶⁴ Si annovera come esempio di discrepanza tra i due testi normativi l'art. 16, comma 1 del d.lgs. 70/2003 e l'art. 14, n.1, lett. b): il legislatore italiano ha aggiunto l'inciso “su comunicazione delle autorità competenti”.

esonero che sottolineano la grande “fiducia” del diritto italiano nei confronti di tali prestatori di servizi.

In definitiva, la normativa italiana ha accentuato la tutela già fornita dalla direttiva 2000/31/CE, poiché se quest’ultima ha protetto in particolare lo sviluppo del commercio elettronico, in un momento storico in cui le nuove tecnologie stavano dilagando a livello globale, il d.lgs. 70/2003 ha intenzionalmente tutelato la sola figura del *provider*, non tenendo in considerazione le esperienze straniere; quest’ultimo passaggio rimane uno dei punti di maggiore problematicità della soluzione giuridica “nostrana”.

4. Attività di contrasto.

Insieme allo sviluppo tecnologico e di conseguenza all’insorgenza delle insidie nel cyberspazio, divengono imprescindibili delle modalità di contrasto della commissione di illeciti penale. Per prima cosa assume particolare rilevanza, anche per il merito di essere stato lo spartiacque della successiva normativa, l’art. 14 della L. 269/1998. Il primo comma recita testualmente:

“1. Nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza, 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, possono, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale, introdotti dalla presente legge, procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione, nonché partecipare alle iniziative turistiche di cui all'articolo 5 della presente legge. Dell'acquisto è data immediata comunicazione

all'autorità giudiziaria che può, con decreto motivato, differire il sequestro sino alla conclusione delle indagini”.

I limiti delle attività di contrasto ivi enunciate sono che:

a) l'attività nella fase investigativa deve essere disposta dal questore o dal responsabile di polizia di livello almeno provinciale;

b) l'attività deve essere svolta dagli ufficiali della p.g. e non dagli agenti;

c) gli ufficiali della p.g. devono essere membri delle strutture specializzate;

d) l'autorità giudiziaria deve autorizzare l'acquisto simulato del materiale pornografico e le relative attività di intermediazione;

e) l'attività deve avere come unico fine quello di acquisire elementi probatori per accertare i delitti ai sensi degli artt. 600 bis, comma 1, 600 ter, comma 1, 2, 3 e 600 quinquies c.p.

Al secondo comma del medesimo articolo è disposto che l'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione deve svolgere “le attività occorrenti per il contrasto dei delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale commessi mediante l'impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico”, sebbene occorra, anche in tal caso, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria a pena di nullità. La norma chiarifica che “a tal fine, il personale addetto può utilizzare indicazioni di copertura, anche per attivare siti nelle reti, realizzare o gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici, ovvero per partecipare ad esse”. Infine aggiunge che il personale in discorso può effettuare “le attività di cui al comma 1 anche per via telematica” prefissandosi i medesimi obiettivi.

Queste operazioni per contrastare la commissione dei delitti è stata posta “sotto la lente di ingrandimento” dalla Corte di Cassazione¹⁶⁵, ciò a dimostrare che le condizioni per l’attivazione delle attività di contrasto sono fondamentali per un corretto bilanciamento tra i vari diritti ed interessi dei soggetti coinvolti.

Per quanto concerne l’art. 14, comma 2 della L. 269/1998 è opportuno sottolineare che gli agenti della polizia di telecomunicazioni possono attivare siti nelle reti telematiche. Ciò significa che hanno la facoltà di installare dei *server* che consentano l’accesso al materiale di cui all’art. 600 ter c.p. ad una cerchia indeterminata di soggetti, con la finalità di rintracciare i fruitori¹⁶⁶, nonché di realizzare e gestire aree di comunicazione, come nel caso della gestione di un *newsgroup* o di una *mailing list*, oppure di operazioni di scambio di dati su reti o sistemi telematici.

Su questa linea si aggiunge un ulteriore strumento che ha l’obiettivo di contrastare ed inibire l’accesso al materiale pornografico ottenuto mediante l’utilizzo di minorenni. Si tratta dell’art. 14 quater (cfr. par. 2.3.) come già espresso, esso prevede degli obblighi di filtraggio destinati ai fornitori di servizi che il “decreto Gentiloni”, firmato il 1 gennaio 2007 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 23 del 29 gennaio 2007, identifica come “ogni soggetto che consente all’utente l’allacciamento alla rete di *internet* ovvero ad altre reti di comunicazione elettronica o agli operatori che in relazione ad esse forniscono servizi di comunicazione elettronica”.

L’obiettivo di queste misure è quello di oscurare quei siti ove il “Centro nazionale per il contrasto alla pedopornografia” ha individuato l’indirizzo *IP* o

¹⁶⁵ *Ex pluribus*: Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 39706 del 21 ottobre 2003. La Suprema Corte precisa che è vietata qualunque applicazione analogica dell’art. 14 della L. 269/1998 nei casi diversi da quelli tassativamente previsti dalla stessa norma, ai sensi dell’articolo 14 delle preleggi; si veda anche Cass. pen. Sez. III, Sent. n. 37074 del 5 maggio 2004.

¹⁶⁶ Si tratta di un meccanismo delle c.d. *honeypot*, ossia dei siti civetta che servono per identificare gli utenti che accedono al materiale incriminato.

il nome a dominio. Tuttavia, a volte, queste non bastano ad impedire l'accesso al materiale e ad identificare gli utenti, poiché talora, questi ultimi, riescono ad aggirare il fenomeno utilizzando un proprio *server DNS*¹⁶⁷ oppure i *server Proxy* che si trovano all'estero, così da sfuggire al filtraggio, oppure perché tali attività di contrasto non sono sufficienti a causa della struttura dei servizi stessi, come nel caso di *Myspace* e *Geocities* che identificano i loro migliaia di utenti con il medesimo indirizzo *IP*. Considerando quanto scritto, da una parte la dottrina¹⁶⁸ apprezza l'efficacia del decreto poiché esso "introduce misure già previste da altri ordinamenti (Germania, Norvegia, Gran Bretagna, USA), la cui efficacia nel contrasto alla diffusione della pedopornografia è stata positivamente apprezzata dalla dottrina straniera. Ed è stata peraltro indicata quale soluzione da preferire [...] rispetto al mero inasprimento delle pene previste per i reati di divulgazione online di materiale pedopornografico"; dall'altra, gli esperti del settore trovano tali misure inadeguate per fronteggiare le attività criminose in oggetto ed inoltre sostengono che esse danneggino anche gli utenti che navigano sul *web* lecitamente.

Da ultimo, si osservino le misure enunciate dall'art. 14 quinquies¹⁶⁹ della suddetta legge che, sulla falsariga del riciclaggio di denaro sporco, mirano ad

¹⁶⁷ *DNS* sta per *Domain Name System*, ossia un sistema che trasforma le sequenze numeriche costituenti l'indirizzo *IP* in nomi di più facile memorizzazione. *DNS* ha una struttura gerarchica ad albero rovesciato ed è diviso in domini, ad esempio *com*, *org*, *it*, etc. Ad ogni nodo della rete, si riferisce un *nameserver*, che possiede un *database* con le informazioni di alcuni domini di cui è responsabile e si rivolge ai nodi successivi quando deve trovare dei dati conservati in altri domini.

¹⁶⁸ RESTA, *Pedopornografia on-line. Verso un sistema di tutela a strategia integrata?*, in *Dir. Internet*, 2007, n. 3, p. 223.

¹⁶⁹ Art. 14 quinquies, comma 1 L. 269/1998 ("Misure finanziarie di contrasto alla commercializzazione di materiale pedopornografico"): (I) Il Centro trasmette all'Ufficio italiano dei cambi (UIC), per la successiva comunicazione alle banche, agli istituti di moneta elettronica, a Poste italiane Spa e agli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento, le informazioni di cui all'articolo 14-bis relative ai soggetti beneficiari di pagamenti effettuati per la commercializzazione di materiale concernente l'utilizzo sessuale dei minori sulla rete INTERNET e sulle altre reti di comunicazione. (II) Le banche, gli istituti di moneta elettronica, Poste italiane Spa e gli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento comunicano all'UIC ogni informazione disponibile relativa a rapporti e ad operazioni riconducibili ai soggetti indicati ai sensi del comma 1. (III) Ai fini dell'applicazione del

inibire la consumazione di reati a danno dei minori, nonché ad informare il “Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete *internet*” mediante la collaborazione, ovvero la segnalazione, da parte di banche, istituti di moneta elettronica, Poste Italiane e intermediari finanziari¹⁷⁰.

Come anticipato nell'*incipit*, l'evoluzione delle nuove tecniche ha portato ad uno sviluppo contemporaneo di attività aventi la finalità di evitare, o quantomeno disincentivare, la commissione di comportamenti sanzionabili

presente articolo e dell'articolo 14-*bis* l'UIC trasmette al Centro le informazioni acquisite ai sensi del comma 2. (IV) Sono risolti di diritto i contratti stipulati dalle banche, dagli istituti di moneta elettronica, da Poste italiane Spa e dagli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento con i soggetti indicati ai sensi del comma 1, relativi all'accettazione, da parte di questi ultimi, di carte di pagamento. (V) Il Centro trasmette eventuali informazioni relative 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 o su altre reti di comunicazione, alla banca, all'istituto di moneta elettronica, a Poste italiane Spa e all'intermediario finanziario emittente la carta medesima, i quali possono chiedere informazioni ai titolari e revocare l'autorizzazione all'utilizzo della carta al rispettivo titolare. (VI) Le banche, gli istituti di moneta elettronica, Poste italiane Spa e gli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento, in conformità con le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, segnalano i casi di revoca di cui al comma 5 nell'ambito delle segnalazioni previste per le carte di pagamento revocate ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge 15 dicembre 1990, n. 386. (VII) Le banche, gli istituti di moneta elettronica, Poste italiane Spa e gli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento comunicano all'UIC l'applicazione dei divieti, i casi di risoluzione di cui al comma 4 e ogni altra informazione disponibile relativa a rapporti e ad operazioni riconducibili ai soggetti indicati ai sensi del comma 1. L'UIC trasmette le informazioni così acquisite al Centro. (VIII) Con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dai Ministri dell'interno, della giustizia, dell'economia e delle finanze, delle comunicazioni, per le pari opportunità e per l'innovazione e le tecnologie, di intesa con la Banca d'Italia e l'UIC, sentito l'Ufficio del Garante per la protezione dei dati personali, sono definite le procedure e le modalità da applicare per la trasmissione riservata, mediante strumenti informatici e telematici, delle informazioni previste dal presente articolo. (IX) La Banca d'Italia e l'UIC verificano l'osservanza delle disposizioni di cui al presente articolo e al regolamento previsto dal comma 8 da parte delle banche, degli istituti di moneta elettronica, di Poste italiane Spa e degli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento. In caso di violazione, ai responsabili è applicata una sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 500.000. All'irrogazione della sanzione provvede la Banca d'Italia nei casi concernenti uso della moneta elettronica, ovvero il Ministro dell'economia e delle finanze, su segnalazione della Banca d'Italia o dell'UIC, negli altri casi. Si applica, in quanto compatibile, la procedura prevista dall'articolo 145 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni. (X) Le somme derivanti dall'applicazione delle sanzioni di cui al comma 9 sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate al fondo di cui all'articolo 17, comma 2, e sono destinate al finanziamento delle iniziative per il contrasto della pedopornografia sulla rete INTERNET".

¹⁷⁰ GRASSO, PICOTTI, SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.

penalmente; lodevole, ed assolutamente dovuta, è la ricerca di quelle misure che possano fungere da deterrente in codesto ambito, ma, per far sì che esse riescano a svolgere la funzione per cui sono state predisposte, bisogna fare i conti con i limiti intrinseci nella struttura stessa del cyberspazio. A questo proposito Rodotà già nel 1997, nella Rivista *Telèma* osserva che “non si può certo trascurare la formidabile capacità moltiplicatrice di un mezzo come Internet, insieme alla (relativa) facilità di accesso. Ma fenomeni come la diffusione di materiale pornografico e, soprattutto, la facilitazione della pedofilia non nascono, né si intensificano per il solo avvento di *Internet*. Se è giusto che governi e istituzioni internazionali si preoccupino del rischio di avere ‘paradisi telematici’, dove collocare informazioni sfuggendo ai divieti nazionali, altrettanta attenzione non viene dedicata al fatto che i paradisi della pedofilia esistono già, sono reali e non virtuali, sostengono l'industria turistica di più d'un Paese”. Di seguito continua asserendo che “volendo schematizzare assai, si può dire che oggi siano tre i condizionamenti più evidenti e le spinte maggiori per una regolamentazione giuridica di Internet, simboleggiati da tre P: Pornografia, Proprietà, Privacy. Riproducendo un vecchio schema, mille volte utilizzato per aprire la strada alle più diverse forme di censura, si mette l'accento sulla capacità corruttrice di *Internet*. Si elencano siti dove è possibile trovare materiale pornografico. Ormai quasi non v'è fuga di ragazzine che non venga collegata, dai mezzi di informazione, a contatti stabiliti su *Internet*”. Il giurista approfondisce l'aspetto dell'impellente tutela della *privacy* di fronte ad una contemporanea repressione dei diritti fondamentali dell'individuo a causa delle molteplici, ed altrettanto necessarie, misure di contrasto nelle reti informatiche e telematiche. Egli infatti individua tre strade per il rispetto della normativa sulla *privacy*, e cioè occorre “1) inquadrare ogni azione rivolta specificamente al settore telematico in una strategia di carattere globale; 2) individuare comportamenti ritenuti assolutamente inaccettabili, come la pedofilia o altre gravi forme criminali, e perseguirli sempre e comunque con la massima severità; 3) rispettare, negli altri casi, la libertà di scelta individuale, anche in

casi sgradevoli come la pornografia, sempre con il limite della tutela dei minori”.

4.1. ISP, computer ethics e codici di auto-regolamentazione della condotta.

È legittimo affermare che gli *Internet Service Provider* ricoprono un ruolo di estrema rilevanza all'interno della società informatizzata e di conseguenza diviene indispensabile regolare le condotte che essi possono assumere. I presupposti della regolamentazione sono: la conoscenza della normativa dello Stato ospitante la sede legale e degli altri Paesi ove forniscono i servizi; le regole del mercato e del *business*; i sistemi di auto-regolamentazione e i codici etici, anche redatti grazie ad una scelta di coordinamento con gli altri fornitori, ed infine le esigenze degli utenti. Per quanto concerne il profilo di *computer ethics*¹⁷¹, ossia quei parametri a cui il *provider* si deve attenere prima di prendere determinate decisioni, si delineano due tipologie di *ISP*: la prima sono coloro che impostano l'attività su una rigida *policy*, onde evitare liti legali o reazioni da parte degli operatori; mentre la seconda comprende coloro che privilegiano la libertà dell'utente estremizzando i diritti fondamentali riconosciuti ai soggetti che utilizzano i loro servizi, sino al prevaricamento della soglia di tollerabilità o all'insorgere di “rivolte”.

L'articolo referente è il 18 della L. 269/1998, rubricato “Codici di condotta” e prevede la possibilità di autonormazione da parte delle associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori. Inoltre è stabilito che i codici che regolano il commercio elettronico devono essere

¹⁷¹ ZICCARDI, *Etica e informatica*, Pearson, Milano, 2009.

accessibili per via telematica e redatti anche in lingua inglese ed almeno in un'altra lingua degli Stati membri dell'UE, oltre a quella italiana¹⁷².

In questo ambito di trattazione non si può non menzionare il codice di autoregolamentazione "Internet e i minori". Esso è stato firmato il 19 novembre 2003 dalle associazioni interessate¹⁷³ con la finalità di rafforzare la tutela dei soggetti di età inferiore ad anni diciotto e si pone come obiettivi quelli di:

a) "educare" gli adulti, i minori e le famiglie ad un corretto e consapevole utilizzo della rete telematica;

b) salvaguardare il minore dal contatto con contenuti illeciti e pericolosi mediante incisive misure di tutela;

c) garantire al minore un accesso sicuro;

d) proteggere la riservatezza e la *privacy* del minore;

e) assicurare la collaborazione con le autorità competenti al fine di contrastare e reprimere la criminalità informatica;

f) agevolare, nel rispetto dell'art. 9 del Decreto legislativo 9 aprile 2003, n.70, la tutela del minore da informazioni commerciali non sollecitate o che sfruttano la posizione "debole" del minorenni oppure da comunicazioni indesiderate, ai sensi dell'art. 130 del d.lgs. 196/2003;

g) diffondere il contenuto del Codice di autoregolamentazione presso gli operatori e le famiglie.

L'art. 2.1. ("Adesione") chiarisce che proprio per una maggiore trasparenza nei confronti degli utenti, le associazioni firmatarie possono pubblicare, sia

¹⁷² SANTOSUOSSO, *L'autoregolamentazione e i codici di condotta*, in ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Giappichelli, Torino, 2003 p. 149 ss; DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 98 ss.

¹⁷³ Le associazioni firmatarie sono l'*Associazione Italiana Internet Providers (AIIP)*, l'*Associazione per la convergenza nei servizi di comunicazione (ANFoV)*, l'*Associazione Provider Indipendenti (Assoprovider)* e la *Federazione delle imprese delle Comunicazioni e dell'informatica (Ferdercomin)*.

nelle comunicazioni commerciali che sui propri servizi, la dicitura “Aderente al Codice di autoregolamentazione Internet@minori” nonché il logo “che viene concesso in licenza d’uso gratuito e a tempo indeterminato fino all’eventuale revoca”.

In definitiva si osserva che si tratta di una co-regolamentazione, più che di una collaborazione tra le associazioni interessate per regolare il rapporto del *web* e i soggetti più deboli, si tratta di.

4.1.1. Il codice “Internet e i minori” e i metodi di contrasto con particolare riguardo alla pornografia minorile.

Nell’ art. 2.2 del codice di autoregolamentazione si sofferma sugli obblighi delle associazioni che vi hanno aderito. Vengono dunque disposte le successive imposizioni:

- a) “l’accettazione integrale dei contenuti del Codice stesso e in particolare l’accettazione delle attività di vigilanza e delle sanzioni ivi previste”;
- b) “l’adattamento delle condizioni contrattuali di prestazione dei servizi alle disposizioni del presente Codice”.

Nel dettaglio, in riferimento alla pornografia minorile, oggi disciplinata dall’art. 600 ter e seguenti, il paragrafo 3.11 evidenzia che ogni associazione coinvolta deve conservare il numero IP¹⁷⁴ utilizzato dall’utente, anche se i contenuti caricati sono ospitati gratuitamente.

¹⁷⁴ L’indirizzo *IP* si compone di una sequenza di numeri binari, o meglio di quattro *byte*, che si manifesta secondo un formalismo noto come *dotted octet* (ottetto puntato), poiché le parti che lo costituiscono sono separate tra loro da un punto. Tale numero viene di solito assegnato *dall’Internet Service Provider* e identifica ogni personal *computer* che naviga su *internet*.

Al punto 2 si ribadisce l'importanza della collaborazione con le autorità competenti e specialmente con il Servizio della Polizia Postale e delle Comunicazioni, con lo scopo di identificare gli assegnatari delle risorse di rete utilizzate per la pubblicazione dei contenuti situati presso i propri *server*, entro e non oltre i tre giorni lavorativi successivi al ricevimento della richiesta dell'autorità.

Giova completare la presente disamina con le ultime due considerazioni: innanzitutto le Aderenti avevano proposto di prevedere, accanto l'art. 3.11, anche una disposizione preposta alla tutela negoziale del piccolo consumatore, la quale però non ha avuto alcun seguito. A tal proposito si possono immaginare strumenti di tutela dai messaggi di posta non sollecitata per avere una protezione dal fenomeno pericoloso quale lo *spamming*.

Poi appare rilevante, per la corretta adozione del codice in esame, il Comitato di Garanzia (art. 6), organo istituito per evitare che la tutela da garantire non rimanesse astratta e priva di riscontri pratici.

4.2. (Segue): l'avvento della data retention.

Ulteriore modalità di contrasto di illeciti penali risulta essere la *data retention*¹⁷⁵. Essa consiste nella conservazione dei dati di traffico per finalità quali la sicurezza informatica o per esigenze tecniche di tipo imprenditoriali.

Le misure in discorso iniziano a concretizzarsi con la direttiva 97/66/CE, precursore di quella di emanazione più recente, la n. 24 del 2006, sebbene l'oggetto della prima non sia sovrapponibile *in toto* a quello della seconda. Comunque sia, appare doverosa la ricerca storica e giuridica delle origini della

¹⁷⁵ DANEZIS, CLAYTON, *Introducing Traffic Analysis, in Digital Privacy: Theory, Technologies, and Practices*, 2008, Auerbach Publications, Taylor and Francis Group, New York, p. 95.

normativa europea ed italiana a proposito della tanto dibattuta conservazione dei dati di traffico. La direttiva 97/66/CE disponeva misure restrittive della *privacy* dei cittadini degli Stati membri al fine dell'accertamento e del perseguimento dei fatti criminosi realizzati¹⁷⁶.

Successivamente è stata emanata la direttiva 2002/58/CE, c.d. "e-privacy": essa ha evidenziato l'esigenza di adottare soluzioni più incisive in materia. Con l'avvento di tale direttiva l'Italia ha recepito il principio generale dell'art. 15¹⁷⁷ della stessa, andando in tal modo a prevedere obblighi di memorizzazione dei dati di traffico telematico e telefonico e modificando l'art. 132 del d.lgs.

¹⁷⁶ Articolo 14, comma 1 della direttiva 95/46/CE ("Estensione del campo di applicazione di talune disposizioni della direttiva 95/46/CE"): "Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare la portata degli obblighi e dei diritti previsti dalle disposizioni degli articoli 5 e 6 e dell'articolo 8, paragrafi 1, 2, 3 e 4 qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria alla salvaguardia della sicurezza dello Stato, della difesa, della pubblica sicurezza, della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento di reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di telecomunicazione, come previsto dall'articolo 13, paragrafo 1 della direttiva 95/46/CE".

¹⁷⁷ Articolo 15, comma 1 della direttiva 95/46/CE ("Applicazione di alcune disposizioni della direttiva 95/46/CE"): "Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo".

196/2003¹⁷⁸¹⁷⁹, ossia il Codice della *Privacy*¹⁸⁰. Occorre specificare che, in realtà, la direttiva pur puntualizzando l'opportuna predisposizione di una regolamentazione dei dati digitali, non aggiunge nulla di più. Infatti sarà solo con la direttiva 2006/24/CE, emanata dal Parlamento europeo, che si avranno le

¹⁷⁸ Art. 132: “(I) I dati relativi al traffico telefonico o telematico, esclusi comunque i contenuti di comunicazione, detenuti dagli operatori dei servizi di telecomunicazione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché quelli relativi al traffico telefonico o telematico effettuato successivamente a tale data, sono conservati, in deroga a quanto stabilito dall'articolo 132, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni, fino al 30 giugno 2017, per le finalità di accertamento e di repressione dei reati di cui agli articoli 51, comma 3-quater, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale [...]. (IV ter) 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'articolo 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 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 dal citato articolo 226 delle norme di cui al decreto legislativo n. 271 del 1989, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati [...]. (IV quater) Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui è rivolto l'ordine previsto dal comma 4-ter deve 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'articolo 326 del codice penale [...]. (V) Il trattamento dei dati per le finalità di cui al comma 1 è effettuato nel rispetto delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti ai sensi dell'articolo 17, volti a garantire che i dati conservati possiedano i medesimi requisiti di qualità, sicurezza e protezione dei dati in rete, nonché a: a) prevedere in ogni caso specifici sistemi di autenticazione informatica e di autorizzazione degli incaricati del trattamento di cui all'allegato b); b) lettera soppressa dal d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109; c) lettera soppressa dal d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109; d) indicare le modalità tecniche per la periodica distruzione dei dati, decorsi i termini di cui al comma 1”.

¹⁷⁹ Le modifiche sono le seguenti: l'art. 3 della L. 45/2004 ha stabilito la durata di conservazione del traffico telefonico di 24 mesi, prorogabili di altri 24 mesi per l'accertamento dei delitti ex art. 407, comma 2 lett. a) c.p.p.; l'art. 6 della L. 155/2005 per la prima volta ha introdotto il termine di conservazione dei dati del traffico telematico pari a 6 mesi, prorogabili di altri 6 mesi nelle ipotesi di reato ai sensi dell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p.; l'art. 34 della L. 31/2008 prorogato i termini stabiliti dalla l. 155/2005 che sarebbero altresì scaduti il 31 dicembre 2007; in seguito alla convenzione *Cybercrime* è stata ratificata la L. 48/2008 che ha introdotto la c.d. *data preservation* così riformando nuovamente l'art. 132 del Codice della *Privacy*. Infine il provvedimento dell'Autorità per la protezione dei dati personali del 17 gennaio 2008 e del 24 luglio 2008, in materia di sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico, ha fornito un importante contributo ai fini della delimitazione normativa attuale.

¹⁸⁰ STRACUZZI, *Data retention: il faticoso percorso dell'art. 132 Codice Privacy nella disciplina della conservazione dei dati di traffico*, in *Dir. infor. ed informatica*, 2008, n. 4-5, p. 585.

necessarie precisazioni riguardo la durata di memorizzazione dei dati del traffico telefonico e telematico, le categorie di dati da conservare e, infine, ai modi di esecuzione delle procedure. Il testo in questione è stato, ed è tuttora, oggetto di una complessa e crescente dialettica incentrata, da un lato sull'ingiustificata conservazione dei dati traffico, perché contraria al rispetto della vita privata, familiare e alla protezione dei dati personali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; dall'altro lato sui requisiti da rispettare per la conformità all'art. 7 della direttiva, ossia quelli per garantire un'adeguata e sicura conservazione; infine sull'assenza di rimborso dei costi affrontati dai provider per rendere effettiva ed efficace la collaborazione con gli organi inquirenti.

Nonostante i molteplici dubbi intorno all'oggetto dell'analisi *in itinere*, di certo la *data retention* nasce per accertare e reprimere i reati e non per opprimere le libertà individuali. Premesse tali finalità, dunque il fornitore di servizi ricopre un ruolo rilevante nella fase investigativa e la conservazione delle informazioni può rappresentare uno strumento di non poco conto: infatti l'*Internet Service Provider* deve passare all'autorità investigativa gli indirizzi *IP*, nonché i dati digitali chiamati *file di log*; dei primi già si è espresso il significato e la loro funzionalità (cfr. par. 4.1.), i secondi, invece, sono dati riferibili alle attività compiute dal singolo utente.

4.2.1. Il d.lgs. 109/2008 e la distonia con la normativa oltreconfine.

Prima di addentrarsi nella trattazione, è utile fornire il significato di due concetti, oggetto del decreto legislativo 109/2008, nonché delle previsioni legislative in materia di *data retention*: quelli di "traffico telefonico" e di "traffico telematico". Nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica, sia

fissa che mobile, il Garante della *privacy* italiano¹⁸¹ ha individuato, all'interno del documento "Sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico" del 17 gennaio 2008¹⁸², tra i servizi "telefonici": le chiamate telefoniche, incluse le chiamate vocali, di messaggia vocale, in conferenza e di trasmissione dei dati tramite *telefax*; i servizi supplementari, inclusi l'inoltro e il trasferimento di chiamata; la messaggia e i servizi multimediali, inclusi quelli di *SMS*; mentre per servizi "telematici" si intendono: l'accesso alla rete *internet*; la posta elettronica; i *fax* (nonché i messaggi *SMS* e *MMS*) via Internet; la telefonia via *internet* (c.d. *Voice over Internet Protocol – VoIP*). Di seguito, per i delitti già enunciati nel capitolo I, occorre far riferimento non solo ai dati telematici, ma anche telefonici in virtù della forte connessione tra questi due. Infatti, per quanto riguarda la rete "fissa", il tabulato telefonico consente di conoscere le sessioni ad Internet avvenute tramite la linea telefonica *ADSL* di casa. In più, tramite l'analisi dei dati della rete mobile si riescono ad ottenere ulteriori e più interessanti informazioni riferibili ad esempio alla consultazione della posta elettronica, alla navigazione sui *social network* e ad ogni altra attività propria degli *smartphone*¹⁸³.

Ciò considerato, si prosegue nello specifico con l'esame del d.lgs.109/2008. Esso ha recepito la direttiva europea 2006/24/CE, sebbene siano da notare alcune differenze tra i due testi normativi. In primo luogo il legislatore italiano avrebbe dovuto restringere il campo di disciplina ai reati più gravi, così come dettato dall'art. 1 del testo emanato dall'allora Comunità Europea¹⁸⁴.

¹⁸¹ I membri dell'allora terzo collegio (18 aprile 2005 - 18 giugno 2012), erano: Presidente: Francesco PIZZETTI; Vice Presidente: Giuseppe CHIARAVALLOTTI; componenti: Mauro PAISSAN, Giuseppe FORTUNATO.

¹⁸² www.garanteprivacy.it.

¹⁸³ Gli *smartphone* rientrano nella più ampia accezione di cyberspazio, insieme ai terminali *GPS* e alla rete *internet*.

¹⁸⁴ Art. 1, comma 1 direttiva 2006/24/CE: "La presente direttiva ha l'obiettivo di armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione, relativi alla conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine,

In prima analisi si considera che i dati di comunicazione elettronica, cioè quelli di interesse rispetto all'argomento affrontato, si possono così suddividere: i dati necessari per identificare la fonte di una comunicazione; i dati necessari per identificare la destinazione della comunicazione; i dati necessari per verificare l'elemento temporale della comunicazione; i dati necessari per comprendere la tipologia della comunicazione; i dati necessari per determinare le attrezzature di comunicazione utilizzate dall'utente ed infine i dati per rintracciare il *locus* in cui sono situate le apparecchiature dell'utente.

La prima considerazione da fare è la presenza di una maggiore precisione tecnica della normativa italiana rispetto a quella più generale propria della natura dell'atto recepito: a titolo esemplificativo si pensi alla definizione dei dati da conservare quali l'indirizzo *IP* e il nome a dominio pienamente qualificato dei qualsiasi tipo di *host*. Di certo, ciò che viene escluso è la memorizzazione dei contenuti delle comunicazioni, sebbene non manchino opinioni che inquadrano la stessa comunicazione come un veicolo di informazioni personali dei soggetti interlocutori¹⁸⁵.

Si noti anche la diversa e ridotta durata della conservazione dei dati di traffico telefonico, ossia dai 48 mesi a 24 mesi, mentre per quanto riguarda quello telematico è rimasto invariato a 12 mesi dalla data della comunicazione. A taluni può apparire una conservazione fin troppo prolungata, considerato il sacrificio della sfera privata di ciascuno, ma si deve tenere conto che tali "restrizioni alla libertà" sono contemperate da un interesse altrettanto elevato, la sicurezza pubblica, mediante la repressione dei reati, che nel caso di specie danneggiano i soggetti più "deboli" della società. Oltretutto, si aggiunge che la direttiva europea ha la responsabilità di aver statuito un *range* per la conservazione dei dati dai 6 mesi ai 24 mesi e tale disposizione porta ad una

accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale".

¹⁸⁵ Si veda DANEZIS, CALYTON, *Introducing Traffic Analysis*, cit., p. 95.

legittima discrezionalità degli Stati membri che non incontrano alcun limite nel definire la normativa interna. Ulteriore punto da enunciare ed esaminare è quello inerente le modalità di conservazione: esse sono richiamate dall'art. 2, lett. d) del d.lgs. 109/2008, che a sua volta modifica l'art. 132, comma 5 del d.lgs. 196/2003 al fine di recepire l'art. 7 della direttiva europea 2006/24/CE. Tale riforma integra i criteri dei dati conservati, ossia essi devono rispettare "i requisiti di qualità, sicurezza e protezione dei dati in rete". Tali obblighi si rivolgono soprattutto ai *provider*, in base anche a quanto ribadito in maniera particolareggiata dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, con il provvedimento del 17 gennaio 2008. Ciascun *ISP* infatti deve dotarsi di opportuni strumenti di autenticazione e autorizzazione; deve provvedere alla divisione dei dati di traffico utilizzati per l'accertamento e la repressione dei reati rispetto a quelli per differenti scopi; deve predisporre misure idonee per l'eliminazione dei dati decorsi i termini prescritti; istituire soluzioni informatiche al fine di assicurare il controllo sulle attività svolte sui dati di traffico telefonico e telematico da parte dell'incaricato del trattamento; ed infine deve utilizzare di sistemi di cifrature e protezioni dei dati. Queste misure assumono un duplice aspetto: da una parte vi è il risvolto positivo della garanzia della *privacy* dei soggetti a cui si riferiscono i dati conservati, dall'altra si considera anche l'onerosità per il *provider* nell'adozione dei suddetti presidi, per il quale non è previsto alcun rimborso. Inoltre, un'altra riflessione doverosa, già annunciata, è quella circa l'invasività di tale trattamento che è stata presa in esame ed ha avuto una soluzione, anche se non sembra del tutto convincente, da parte della convenzione *Cybercrime*. Quest'ultima prevede all'art. 16 un'alternativa alla *data retention*, la *data preservation*. Consiste in una conservazione e in un congelamento di dati solo successivamente alla richiesta delle autorità, secondo la c.d. *quick freeze procedure*. L'art. 10 della L. 48/2008 ha recepito l'art.16 della Convenzione, integrando così l'art. 132 del d.lgs. 196/2003 con il comma 4 ter e prevedendo che il Ministro dell'interno o, su sua delega, le Forze dell'Ordine possono ordinare, anche in seguito alle eventuali

richieste avanzate dalle autorità investigative straniere, ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici di conservare e proteggere i dati relativi al traffico telematico per un periodo non superiore a novanta giorni, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni.

Sicuramente si tratta di un trattamento meno aggressivo, ma allo stesso tempo meno efficace se si considera la dovuta collaborazione degli ISP nella fase investigativa: infatti tramite la *data preservation* le informazioni antecedenti alla richiesta delle autorità rimangono ignote¹⁸⁶.

4.2.2. Perplessità e chiarimenti sulla direttiva 2006/24/CE¹⁸⁷.

I dubbi si concentrano soprattutto a livello europeo, o meglio in Italia sono stati risolti, ma permangono in merito alla direttiva. In particolare i punti di maggiore perplessità sono tre: il primo riguarda i destinatari della normativa, cioè chi è tenuto alla conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico e chi invece rimane escluso. A tal proposito si faccia riferimento all'art. 2. lett. c) della direttiva 2002/21/CE relativo alla definizione dei servizi di comunicazione elettronica: essi sono servizi forniti di norma a pagamento consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, inclusi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di

¹⁸⁶ La stessa obiezione è stata esposta dalla Corte Costituzionale Federale tedesca nella decisione in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge che ha recepito la direttiva 2006/24/CE.

¹⁸⁷ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza a cause congiunte C-293/12 e C-594/12: la Corte ha dichiarato l'invalidità della direttiva sulla conservazione dei dati, poiché essa "comporta un'ingerenza di vasta portata e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, non limitata allo stretto necessario". Tuttavia, rimane rilevante l'analisi a confronto della direttiva 2006/24/CE con la normativa italiana, in considerazione dell'immutato contenuto di quest'ultima, in materia della *data retention* ivi descritta, e della necessità di rintracciare la *ratio* delle scelte del legislatore italiano.

trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ma vengono esclusi i servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre al di fuori dell'area di applicazione i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 1 della direttiva 98/34/CE, non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica. In forza di tale nozione fornita sul piano sovranazionale, taluni studiosi asseriscono che anche gli *host provider* sarebbero esenti dall'obbligo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico previsto dall' art. 3 della direttiva 2006/24/CE¹⁸⁸, in quanto non offrono la trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica; quanto definito vale anche per *Servizi VoIP (Voice Over IP)*, i quali forniscono soltanto la piattaforma di gestione. Tale ultima interpretazione è stata superata con il provvedimento del 17 gennaio 2008 dell'Autorità per la protezione dei dati personali, la quale ha chiarito che per l'individuazione dei soggetti tenuti alla conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, ai sensi dell'art. 132 del d.lgs. 196/2003, si deve prescindere dall'assetto proprietario della rete. Pertanto basta considerare se il prestatore offre esclusivamente o prevalentemente la trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica e servizi ad utenti finali, rispettando il principio di non discriminazione. Il documento succitato esclude espressamente taluni soggetti, tra cui i *content provider* e i motori di ricerca¹⁸⁹, ma, a differenza di quanto sostenuto da alcuni

¹⁸⁸ Articolo 3, comma 1 della direttiva 2006/24/CE ("Obbligo di conservazione dei dati"): "In deroga agli articoli 5, 6 e 9 della direttiva 2002/58/CE, gli Stati membri adottano misure per garantire che i dati di cui all'articolo 5 della presente direttiva, qualora siano generati o trattati nel quadro della fornitura dei servizi di comunicazione interessati, da fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione nell'ambito della loro giurisdizione, siano conservati conformemente alle disposizioni della presente direttiva".

¹⁸⁹ Per chiarezza espositiva si aggiungano al novero dei soggetti che non sono destinatari della disposizione ex art. 132 del d.lgs. 196/2003 coloro che offrono direttamente servizi di comunicazione elettronica a gruppi delimitati di persone (es. centralini e reti aziendali); coloro che, pur offrendo servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, non generano o trattano direttamente i relativi dati di traffico; i titolari e i gestori di esercizi pubblici o di circoli privati che si limitano a porre a

commentatori, il dovere di conservazione sussisterebbe anche in capo agli *host provider*. Ovviamente la lettura offerta dall’Autorità competente alla tutela dei dati personali non è stata e non è tuttora sufficiente a dirimere i dubbi su chi debba adempiere l’onere in discorso.

Il secondo punto oggetto di discussione riguarda l’elencazione dei soggetti legittimati alla richiesta dei dati. A tal proposito l’art. 4 della direttiva 2006/24/CE, appunto intitolato “Accesso ai dati”, stabilisce:

“Gli Stati membri adottano misure per garantire che i dati conservati ai sensi della presente direttiva siano trasmessi solo alle autorità nazionali competenti, in casi specifici e conformemente alle normative nazionali. Le procedure da seguire e le condizioni da rispettare per avere accesso ai dati conservati in conformità dei criteri di necessità e di proporzionalità sono definite da ogni Stato membro nella legislazione nazionale, con riserva delle disposizioni in materia del diritto dell’Unione europea o del diritto pubblico internazionale e in particolare della CEDU, secondo l’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo”.

Anche in questo caso si nota una forte discrezionalità lasciata agli Stati membri che, da una parte, può rendere più adattabile il testo normativo recepito ai singoli assetti ordinamentali, dall’altra però pone numerosi nodi critici ed una disomogeneità tra i Paesi dell’UE¹⁹⁰ che non giova né alle indagini e né al raggiungimento del fine della conservazione stessa.

In Italia spetta al giudice penale richiedere su istanza del PM e del difensore dell’imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle

disposizione del pubblico, apparecchi terminali utilizzabili per comunicazioni, anche telematiche, o punti di accesso a *internet* utilizzando tecnologia senza fili.

¹⁹⁰ HUSTINX, *The moment of truth for the Data Retention Directive*, discorso risalente alla conferenza “Taking on the Data Retention Directive”, tenutasi a Bruxelles in data 3 dicembre 2010.

altre parti private¹⁹¹, il Ministero dell'Interno¹⁹² e Polizia Postale e delle Comunicazioni¹⁹³. Inoltre per ulteriori finalità, che sono estranee alla trattazione, anche il giudice civile, amministrativo o contabile, l'AGCOM, e la CONSOB possono prendere iniziativa in tal senso.

Infine il terzo ed ultimo punto è il significato della locuzione “*serious crime*” all'interno della direttiva europea 2006/24/CE. Il problema è definire cosa si intende per i reati gravi nelle legislazioni dei vari Paesi dell'UE. Ad esempio in Italia non è stata recepita l'indicazione della restrizione del campo applicativo della normativa in questione, come già anticipato. Tale ampia cerchia di dati sottoponibili alla memorizzazione, pone qualche dubbio¹⁹⁴ sulla compatibilità con il dettato degli artt. 7 e 8 della Carta europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁹⁵.

¹⁹¹ Ai sensi dell'art. 132, comma 3 d.lgs. 196/2003: “Entro il termine di cui al comma 1, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su istanza del pubblico ministero o 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'articolo 391-quater del codice di procedura penale, ferme restando le condizioni di cui all'articolo 8, comma 2, lettera f), per il traffico entrante”.

¹⁹² Ai sensi dell'art. 132, comma 4 ter, quater e quinquies, il Min. Interno e, su sua delega, altri organismi di p.g., possono richiedere la conservazione dei dati di traffico telematico fino a 180 giorni. Queste richieste devono essere comunicate senza ritardo al PM per la convalida, altrimenti perdono di efficacia.

¹⁹³ Ai sensi dell'art. 1, comma, 2 del D.M. 16 agosto 2005 la Polizia Postale è legittimata a richiedere il traffico telematico conservato per il periodo di 12 mesi previa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria.

¹⁹⁴ La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha segnalato il possibile contrasto della direttiva referente con gli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo, qualora non fosse regolamentata la conservazione di dati potenzialmente sensibili e relativi alla vita privata; la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha poi confermato la suddetta constatazione. Cfr. Trib. Civ. Roma, Sez. IX, ord. 16 luglio 2007: l'ordinanza ha sancito che la *data retention* può riguardare solo il perseguimento degli illeciti penalmente rilevanti.

¹⁹⁵ Art. 7 (“Nulla poena sine lege”): “(I) Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. (II) Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”; art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): “(I) Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. (II) Non può esservi ingerenza di una

4.3. La fallibilità della data retention.

Ogni secondo milioni di utenti si collegano alla rete *internet* e questo determina una necessaria precisione da parte degli organi inquirenti nel presentare l'istanza ai fini dell'accesso ai dati di traffico, ossia nel circoscrivere la stessa ad una determinata data ed ora. Infatti, qualora essi sbagliassero tali riferimenti temporali rischierebbero di effettuare la richiesta nei confronti di un soggetto che non ha nulla a che vedere con l'eventuale illecito commesso.

Ulteriore problematica è l'occultamento dell'identità mediante l'utilizzo di programmi come il *proxy server*¹⁹⁶ oppure l'*anonymous remailer*¹⁹⁷.

Altro limite della *data retention* è la possibilità di creare la circostanza per cui appaia come utente navigante in rete un soggetto diverso da quello realmente connesso: si tratta degli *hacker* che si appropriano dell'identificativo e della *password* altrui o carpendo gli estremi del soggetto passivo o attaccandosi alla Rete *wireless* non protetta o ancora acquistandoli mediante l'uso di specifici programmi, i c.d. *trojan horses*¹⁹⁸.

Proprio in virtù di queste considerazioni si ritiene opportuna una riformulazione, o meglio delle puntualizzazioni, della direttiva europea

autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

¹⁹⁶ Mediante il programma *proxy server* il *client* si collega al *proxy*, piuttosto che al *server* ed inoltra la richiesta, riceve la risposta e la invia al *client*. Quando il *client* si collegherà al *server* quest'ultimo vedrà l'indirizzo IP del *proxy* e quindi il *server* conserverà i dati riferibili al *proxy* e non al *client*.

¹⁹⁷ Gli *anonymous remailer* sono dei *server* che ricevono messaggi di posta elettronica e li inviano nuovamente secondo precisi ordini inclusi nei messaggi, senza rilevare la loro provenienza di origine. Si veda DINGLEDINE, MATHEWSON, *Design of a blocking-resistant anonymity system*, 2007: <https://pdfs.semanticscholar.org>

¹⁹⁸ I *trojan horses* consistono in applicativi installati sull'elaboratore al fine di controllare e spiare il sistema per venire a conoscenza degli estremi dell'utente. Si veda VACIAGO, *La disciplina normativa sulla data retention e il ruolo degli internet service provider*, in LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2012, p.157.

2006/24/CE, come tra l'altro auspicata dalla stessa Commissione europea¹⁹⁹. In particolare si deve tener conto di un riferimento all'interno della stessa al dialogo con gli Stati al di fuori dell'Unione Europea, soprattutto con gli Stati Uniti, nei quali sono collocati i tre principali *provider*, che tra l'altro detengono più di 2 miliardi di utenti nel mondo, fra i quali gran parte di questi sono cittadini dell'Unione Europea.

5. Caso Google v. Vivi Down e le recenti pronunce giurisprudenziali.

Al fine di comprendere meglio la responsabilità penale dei *provider* e le limitazioni delle stesse, occorre esaminare la vicenda *Google v. Vividown*. Il caso in questione non riguarda i delitti a danno dei minori in materia sessuale, ma rappresenta comunque un *leading case* per tutti i diversi ambiti giuridici. Il fatto in analisi riguarda la pubblicazione di un video raffigurante un minore disabile che viene umiliato, all'interno di un istituto scolastico, da alcuni suoi compagni, i quali, per giunta, pronunciano frasi ingiuriose nei confronti dell'associazione *Vivi Down*. Tale filmato viene poi pubblicato sull'*host Google Video*. Di conseguenza viene addebitata a tre *manager* di *Google*, nello specifico due amministratori delegati di *Google Italy* s.r.l. ed un responsabile della *policy* sulla *privacy* per l'Europa, la responsabilità penale con il corrispondente capo di imputazione del delitto di diffamazione nei confronti del minore e dell'associazione interessata (artt. 40 cpv. e 595 c.p.) e per aver trattato illecitamente dati personali attinenti alla salute del ragazzo ripreso, ai sensi dell'art. 167 del Codice della *Privacy*. Il Tribunale di

¹⁹⁹ Commissione europea, *Evaluation report on the Data Retention Directive* (COM(2011)225), p.32.

Milano²⁰⁰, in primo grado, assolve i tre imputati del delitto di diffamazione, motivando l'esclusione della responsabilità penale in capo all'*host provider* con l'insussistenza di un obbligo di impedimento dei reati commessi dagli utenti della rete *internet*. Ciò stabilito tenuto conto della direttiva sul commercio elettronico, del d.lgs. 70/2003, nonché delle considerazioni di fatto quali l'impossibilità di filtraggio antecedente all'immissione in rete dei contenuti da parte dell'*uploader*. Tuttavia il Tribunale condannava gli imputati per la violazione della normativa del Codice della *Privacy*, in particolare dell'art. 13, poiché l'*ISP* in questione avrebbe dovuto informare gli utenti che hanno caricato il filmato incriminato degli "obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli":

Avverso la decisione del giudice ambrosiano sia i difensori dei tre manager che il Pubblico Ministero propongono appello. I primi adducendo tra i motivi l'erroneo richiamo all'art. 167 d.lgs. 196/2003, il quale non sanzionerebbe le violazioni dell'art. 13 del medesimo decreto, punite invece con una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 161; inoltre aggiungono che *Google* non avrebbe alcun dovere di avviso nei confronti dell'*uploader*, poiché non si riscontra alcuna previsione in merito; come ultimo motivo dell'appello presentato viene evidenziata l'assenza di dolo in capo agli imputati. La Pubblica Accusa invece rivendica la presenza di una posizione di garanzia in capo al *provider Google*, tale da impedire la realizzazione del fatto criminoso.

A tal punto la Corte d'Appello²⁰¹ conferma la mancanza dell'obbligo giuridico in questo in capo all'*host provider* ed assolve gli imputati anche dall'accusa in materia di *privacy*. La Corte argomenta la decisione

²⁰⁰ Cfr. Trib. Milano, Sez. IV, Sent. n. 1972 del 12 aprile 2010; si veda anche DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, p. 829 ss.

²⁰¹ Cfr. Corte d'appello di Milano, Sent. n. 8611 del 21 dicembre 2012.

affermando che l'art. 167 del d.lgs. 196/2003, in combinato disposto con l'art. 13, non stabilisce nessun obbligo informativo da parte del *provider*, ma gli unici responsabili dei contenuti caricati in rete sono gli stessi utenti agenti ed in più si aggiunge che *Google* non avrebbe trattato in alcun modo i dati contenuti nel video pubblicato.

Contro la decisione del Giudice del gravame il PM propone ricorso in Cassazione, circoscrivendo lo stesso al delitto di illecito trattamento dei dati. Infatti la Procura generale sostiene in questa sede che il motore di ricerca interessato nel procedimento penale ha agito sui dati all'interno del *file* video. Per sostenere sul piano giuridico la responsabilità penale di *Google*, la Pubblica Accusa sottolinea che l'irresponsabilità sancita dagli artt. 16 e 17 del d.lgs. 70/2003 si può invocare solamente qualora il *provider* compia un'attività di mera memorizzazione di contenuti dell'*uploader*: nel caso concreto invece l'*ISP* avrebbe assunto le vesti di un *host* attivo, poiché *Google* indicizza i dati stessi dai cui, oltretutto, trae anche profitto.

Infine il Giudice di legittimità²⁰² rigetta il ricorso proposto dalla Pubblica Accusa, assolvendo così i tre *manager* da tutte e due le originarie imputazioni.

Il caso in disamina è oggetto del presente scritto, poiché appare rilevante per la questione della responsabilità penale e dei limiti della stessa dell'*host provider* per il mancato impedimento della consumazione dei reati sessuali avverso i minorenni e non solo.

Ciò detto si rinviene nella motivazione della Corte, elaborata mediante un'analisi congiunta tra il decreto sul commercio elettronico e il codice della privacy, in relazione al possibile rimprovero penale imputabile all'*ISP*.

²⁰² Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 5107 del 17 dicembre 2013.

Innanzitutto l'ipotesi di un'eventuale posizione di garanzia viene scongiurata dall'art. 17 del d.lgs. 70/2003, il quale afferma che l'*host provider* non ha alcun dovere di sorvegliare sui contenuti dei dati caricati su *internet* ed inoltre l'art. 16 esclude la responsabilità penale del *provider* qualora sia ignaro degli illeciti commessi sui propri *server* e abbia provveduto alla rimozione del materiale incriminato in seguito alla richiesta dell'autorità.

Andando per gradi, nella sentenza in esame, la Suprema Corte ribadisce e chiarisce la nozione di titolare del trattamento dei dati, definita dall'art. 4 d.lgs. 196/2003: "si incentra sull'esistenza di un potere decisionale in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati. Dalla definizione legislativa si desume, in altri termini, che titolare del trattamento non è chiunque materialmente svolga il trattamento stesso, ma solo il soggetto che possa determinarne gli scopi, i modi, i mezzi". Ciò significa che non è considerato come titolare del trattamento il *provider* che non agisce in alcuna maniera sui contenuti caricati dai soggetti agenti in rete; in più la Cassazione specifica che l'*ISP* non è titolare del trattamento dei dati personali se non è conoscenza della sostanza dei *file* pubblicati, poiché, in tal caso, non ha alcun potere decisionale sul dato stesso e pertanto non sarà sanzionabile; cosa diversa nell'ipotesi in cui il *provider* non si attivi in seguito alla segnalazione dell'autorità competente al fine della rimozione delle manifestazioni delle condotte illecite e in tali ipotesi sarà pertanto destinatario di precetti e sanzioni dettate dal Codice della *Privacy*.

In secondo luogo la Cassazione si sofferma sulla configurazione di *Google Video* come *host* attivo: il motore di ricerca interessato non può considerarsi escluso dalle limitazioni imposte dagli artt. 16 e 17 del d.lgs. 70/2003 poiché egli: "si è limitato a fornire ospitalità ai video inseriti dagli utenti, senza fornire alcun contributo alla determinazione del contenuto dei video stessi"

In terzo luogo il giudice della nomofilachia decide che *Google* non debba ritenersi responsabile a livello penale perché non appare né come titolare del

trattamento dei dati personali, né come *host* attivo e se neanche questo risulti bastevole si argomenta utilizzando l'avvenuta attivazione dello stesso, mediante la rimozione dei contenuti penalmente illeciti, successivamente alla richiesta dalla Polizia postale. A proposito della conoscenza dei contenuti, la Suprema Corte evidenzia inoltre che la segnalazione debba avvenire dall'autorità competente e non da qualsiasi cittadino: infatti per i reati quali quelli di pornografia minorile, adescamento di minorenni e altri palesemente rilevanti potrebbe trovare una giustificazione l'obbligo rimozione anche a seguito di una richiesta di un qualunque soggetto, ma per altri meno evidenti creerebbe incertezze giuridiche; per tal motivo, è conveniente mantenere il requisito della qualifica di autorità del soggetto da cui proviene la segnalazione²⁰³. In definitiva, nel caso concreto si ritiene ascrivile la responsabilità penale ai soli utenti che hanno pubblicato il video incriminato²⁰⁴.

Degno di menzione è l'ultimo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione²⁰⁵, la quale ha emesso una sentenza in merito alla responsabilità dei gestori dei siti *web* per il contenuto diffamatorio immesso da terzi. Il caso di specie riguarda la condanna del legale rappresentante della società Agenziacalcio.it, gestore del sito ove un utente, nel 2009, ha utilizzato frasi quali “emerito farabutto” e “pregiudicato doc” nei confronti di Carlo

²⁰³ Si veda la Legge 29 maggio 2017 n. 71, “Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 3 giugno 2017. Una delle novità della Legge riguarda l'oscuramento del web: la vittima di cyberbullismo, di età non inferiore a quattordici anni, i genitori o coloro che sono responsabili del minore in altra misura, possono inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media un'istanza per ottenere l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore, diffuso nella rete internet. Qualora non si provveda entro quarantotto ore, l'interessato può rivolgersi al Garante della Privacy che interviene direttamente entro le successive quarantotto ore. Il punto appena menzionato ha estrema rilevanza in merito all'attivazione delle procedure di tutela da parte dello stesso minore, vittima di cyberbullismo, il quale spesso, per timore, non denuncia quanto subito. Tale scelta legislativa testimonia la consapevolezza non solo della gravità delle azioni in questione, ma anche della necessità di dotare il minorenne di strumenti di autotutela che possano superare il silenzio e l'omertà caratterizzanti simili situazioni.

²⁰⁴ INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio*, cit., p. 59 ss.

²⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. n. 54946/2016 del 27 dicembre 2016.

Tavecchio, ex presidente della Lega Nazionale Dilettanti ed attuale presidente della Federazione Italiana Gioco Calcio. L'accusa è di concorso nel reato di diffamazione. In seguito all'assoluzione in primo grado, con la pronuncia del Tribunale di Bergamo del 10 novembre 2014, la Corte d'Appello di Brescia, il 24 giugno 2015, condanna l'imputato e la Suprema Corte conferma tale decisione, in quanto il gestore aveva l'obbligo di rimozione dei dati immessi nel *web*, di cui aveva effettiva conoscenza. Quest'ultima è desumibile dall'invio dell'*email* da parte dell'*uploader* al gestore del sito, tre giorni dopo la pubblicazione dell'articolo incriminato, all'interno della quale era allegato il certificato penale di Tavecchio. La Suprema Corte asserisce che "il giudizio di responsabilità veniva pertanto formulato per l'aspetto [...] dell'aver l'imputato mantenuto consapevolmente l'articolo sul sito, consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria che neppure il ricorrente contesta, dalla data appena indicata, allorché ne apprendeva l'esistenza, fino al successivo 14 agosto, allorché veniva eseguito il sequestro preventivo del sito".

CAPITOLO TERZO

INNOVAZIONE LEGISLATIVA: LA TUTELA DELLA LIBERTA' SESSUALE E LE PERSONE GIURIDICHE

.....

Sommario: 1. I più recenti orizzonti dell'ordinamento italiano. - 2. Internet Service Provider. - 3. La criminalità organizzata e lo sfruttamento dei minori. - 4. Transnazionalità. – 5. Conclusioni.

1. I più recenti orizzonti dell'ordinamento italiano.

Prima facie chiunque assocerebbe un reato sessuale contro un minore ad un singolo carnefice al quale imputare uno dei fatti criminosi più ignobili. Ebbene, a partire dalla fine XX secolo, il legislatore italiano ha prestato sempre più attenzione a queste fattispecie criminose, in particolar modo ha posto l'accento sui delitti realizzati mediante le nuove tecnologie, e lo ha fatto anche in riferimento alle persone giuridiche. Ciò vuol dire che le società o le associazioni con o senza personalità giuridica possono essere sottoposte ad un procedimento penale per condotte che tipicamente sembrerebbero riferibili solamente ad un essere umano. Del resto la trattazione del presente capitolo avviene successivamente a quella inerente gli *Internet Service Provider*, che come già detto, altro non sono che enti così come qualificati dal decreto legislativo che si occupa della responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone non fisiche: il d.lgs. 231/2001.

1.1. Breve ricostruzione storica del d.lgs. 231/2001.

“Societas delinquere non potest”. Il brocardo appena citato è stato superato. L’art. 27 della Costituzione, dichiarando che la responsabilità è personale e sancendo il divieto di responsabilità per fatto altrui, sembrava implicitamente negare la possibilità di configurare un’ipotesi di addebito anche nei confronti delle persone giuridiche. Così non è: le fondamenta della compatibilità della responsabilità degli enti con l’art. 27 Cost. si individuano nella c.d. immedesimazione organica, per cui il soggetto agente non opera in alterità rispetto alla *societas*, ma come organo appartenente a quella data organizzazione²⁰⁶.

Poste le dovute precisazioni, la Legge Delega 300/2000 ha quindi istituito una nuova categoria dei destinatari del precetto penale, grazie alle sollecitazioni provenienti dall’allora Comunità Europea. L’esigenza era quella di reprimere, e soprattutto di prevenire, la criminalità d’impresa: gli enti erano in maniera ingiustificata coperti da una sorta di immunità. Il decreto legislativo 231/2001 ha dunque concretizzato quanto a livello sovranazionale era auspicato. Tuttavia, con il trascorrere dei decenni, il testo normativo si è sviluppato pari passo con il mutare dei costumi sociali e delle esigenze economiche. Ne consegue che, insieme all’avvento delle nuove tecnologie, è sorta l’urgenza di integrare l’atto in discorso con norme che potessero garantire la repressione di illeciti commessi nel “non luogo”. Tale introduzione, però, non è solo frutto della volontà di sanzionare chi era *de facto* responsabile, ma *de iure* immune, ma anche dell’intenzione di incentivare le aziende, con la sede principale in Italia, a predisporre un modello organizzativo che potesse prevenire e contrastare l’esecuzione di condotte penalmente rilevanti. Sicuramente non vi è alcun

²⁰⁶ Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 20 ss.

obbligo della redazione di tale modello, ma oramai, anche in virtù di un regime di favore per chi ne dispone, la maggioranza degli enti non si esimono dal farlo.

1.2. La struttura del decreto legislativo sulla responsabilità penale degli enti.

Prima di entrare nel vivo della trattazione, è opportuno delineare la struttura del d.lgs. 231/2001, per comprendere al meglio la *ratio* delle nuove previsioni legislative e la *voluntas* del legislatore.

A tal proposito, il Parlamento con l'art. 11 della legge delega del 29 settembre 2000 n. 300 ha delegato il Governo ad adottare, entro otto mesi dalla sua entrata in vigore, un decreto legislativo avente ad oggetto la responsabilità amministrativa degli enti con o senza personalità giuridica. Il *nomen* dell'atto legislativo ha destato qualche perplessità: infatti alcuni autori confermano la natura amministrativa²⁰⁷ delle sanzioni, altri quella penale²⁰⁸ ed altri ancora sono fautori di un *tertium genus*²⁰⁹. L'organo esecutivo ha così redatto un complesso di norme destinate ai soggetti suindicati, escludendone altri quali lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, ai sensi dell'art. 1, comma 3. Il riconoscimento di un sussistente rimprovero penale anche alle società ed

²⁰⁷ RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 277 ss; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 166 ss.

²⁰⁸ Si vedano: MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003 p. 1109 ss; ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati*, 2003, p.31 ss.

²⁰⁹ PULITANO', *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 419.

associazioni non è però senza limiti: in merito a questa ultima precisazione occorre una disamina degli artt. 5, 6, 7, la cui lettura va fatta in maniera unitaria.

Innanzitutto l'art. 5 del d.lgs. 231/2001 stabilisce quando subentra la responsabilità penale delle persone giuridiche, sulla base di criteri di imputazione oggettiva: il soggetto in posizione apicale o quello sottoposto devono commettere un reato ad interesse o vantaggio dell'ente di appartenenza. Questa affermazione necessita ulteriori chiarimenti. Per prima cosa il soggetto in posizione apicale è colui che svolge "funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso"; mentre per sottoposto si intende chi soggiace alla direzione o alla vigilanza del primo. Il reato che è condizione di perseguibilità penale, deve essere inoltre un reato presupposto, cioè uno di quelli disciplinati dal d.lgs. 231/2001. Inoltre il *reo* deve operare per conto della società, non potendosi ravvisare alcuna responsabilità dell'ente qualora si accerti la mera appartenenza della persona fisica all'organizzazione²¹⁰. Infine, ed è questa l'annotazione più rilevante e anche più controversa, è imprescindibile che il soggetto-organo, mediante la realizzazione del fatto illecito, procuri alla persona giuridica un interesse o un vantaggio. A tal riguardo il primo requisito corrisponde alla sfera volitiva dell'agente, suscettibile di valutazione preventiva; mentre il secondo ha una valenza oggettiva e si misura *ex post* la commissione del fatto sanzionabile²¹¹. Inoltre la disgiunzione "o" ha una duplice possibile interpretazione: una lettura alternativa od una cumulativa. Da un lato, infatti, l'art. 5 ultimo comma parla di esclusione della responsabilità dell'ente qualora commetta il reato nell'interesse suo o di terzi, viceversa l'art. 25 septies ("Omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime commesse

²¹⁰ Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 56 ss.

²¹¹ Per un'analisi approfondita dei due concetti si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 69 ss.

con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro”) si raccorda difficilmente con il concetto di interesse: e ciò sembrerebbe dimostrare la necessaria presenza dell’interesse oppure solamente del vantaggio, per ascrivere il relativo capo di imputazione alle persone giuridiche. Dall’altro lato la dottrina dà una connotazione oggettiva dell’interesse per ricalcare la nozione di “vantaggio”²¹² oppure conferisce alla locuzione “nell’interesse o a vantaggio” valore di endiadi²¹³.

A norma dell’art. 6 e allo scopo di dimostrare l’estraneità dal fatto di reato, in virtù di criteri di imputazione di tipo soggettiva, l’ente ha l’onere di dimostrare:

1. L’idoneità del modello organizzativo adottato;
2. La predisposizione di un Organismo di Vigilanza (OdV) e l’attribuzione di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
3. La fraudolenza nell’eludere il modello organizzativo dei vertici nella commissione del reato;
4. La diligenza dell’OdV.

L’art. 7, invece, esonera l’ente, nel caso della commissione di illeciti penale da parte dei sottoposti, se viene accertata l’osservanza degli obblighi di direzione o vigilanza e se risulta positiva la verifica sull’idoneità del modello organizzativo predisposto.

Si desume l’importanza del contenuto del modello 231. *In primis* l’ente deve fare i conti con la propria attività ed in base a questa dovrà circoscrivere i reati di più facile e probabile realizzazione, delineando in tal modo la zona a rischio di reato, con la conseguenziale delimitazione dei rischi residuali accettabili; poi dovrà individuare i soggetti maggiormente a rischio e le modalità più ricorrenti

²¹² DE VERO, La responsabilità penale delle persone giuridiche, Giuffrè, Milano, 2008, p. 160.

²¹³ PULITANO, La responsabilità “da reato”, cit., p.425; MANNA, La c.d. responsabilità amministrativa, cit., p. 1114.

della commissione dei reati; dovrà individuare regole cautelari per ridurre il rischio; dovrà integrare il modello organizzativo mediante la stesura di un Codice etico con la successiva previsione di sanzioni di tipo disciplinare e poi garantire strumenti attraverso cui si favorisca la scoperta degli illeciti penali; dovrà provvedere alla nomina di organismo autonomo ed indipendente di vigilanza e di controllo; ed infine dovrà informare tutto il personale in merito alle scelte aziendali apportate²¹⁴.

Quanto riassunto si esplica, appunto, mediante la redazione di un modello organizzativo, che a sua volta consta di due parti: la parte generale e la parte speciale. La prima delinea la fisionomia istituzionale dell'ente; mentre la seconda si rivolge alle singole attività svolte, per l'individuazione nel caso concreto del rischio-reato.

Come si evince, una delle parole chiave della funzione di ogni ente nell'ambito di applicazione del d.lgs. 231/2001 è "rischio". Laddove non si riesca a prevenire i reati, si deve quantomeno ridurre il rischio della loro consumazione. Per comprendere al meglio l'obiettivo dell'atto legislativo in questione, è necessario fornire il significato del concetto ivi citato: ossia, esso corrisponde ad una variabile che in maniera diretta o indiretta influisce negativamente sugli scopi del d.lgs. 231. Inoltre, al fine di una corretta valutazione dei reati ipoteticamente realizzabili all'interno di una data organizzazione, occorre qualificare e quantificare i fattori che possono causare la consumazione di un fatto sanzionabile penalmente e verificare gli ulteriori accadimenti rilevanti che ne possono derivare.

²¹⁴ PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 153 ss; PICOTTI, DE STROBEL, *I tratti essenziali del sistema di responsabilità da "reato" degli enti nel d.lgs. 231/2001 e i suoi riflessi in campo assicurativo*, in *dir. economia assicur.*, 2010.

1.3. Introduzione all'art. 25 quinquies.

L'utilizzo sempre più assiduo della rete informatica e telematica, sia da parte del singolo soggetto che da parte di società, associazioni ed altri enti, è stato motivo di regolamentazione. Infatti, oltre ad un'attività imprenditoriale mutata nel tempo, anche gli strumenti hanno subito un'evoluzione: ogni dipendente, ogni membro operante in un'impresa utilizza quotidianamente *personal computer*, *tablet* e *smartphone* che aumentano la probabilità di commissione di fattispecie criminose, fino a ieri ritenute lontane dallo scopo prefissato dal legislatore della Legge delega 300/2000; certamente la spinta verso il cambiamento aziendale va attribuita alle organizzazioni sovranazionali. Pertanto, la *ratio* dell'integrazione normativa di seguito descritta sta nello "sguardo" degli enti sempre più oltre i confini nazionali, e per giunta i delitti trattati in questo elaborato si prestano ad essere sotto la lente di ingrandimento dei politici dell'intero Globo proprio per la tipologia del luogo di commissione, *locus* che si estende lungo tutti gli Stati internazionali. Perciò, grazie alla Convenzione ONU di Palermo del 2000 e alla decisione quadro 2002/629/GAI, relativa alla lotta contro la tratta degli esseri umani ed approvata il 19 luglio 2002, all'interno del d.lgs. 231/2001 è stato introdotto l'art. 25 quinquies ("Delitti contro la personalità individuale") con la L.228/2003. In dettaglio e per quanto concerne i delitti di interesse, risultano indispensabili i principi della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989 e della Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini ai fini commerciali del 1996. A livello comunitario invece, la decisione quadro 2004/60/GAI decreta che gli Stati membri debbano avere un approccio globale per perseguire i reati sessuali contro i minorenni, irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, tenendo conto dell'attività svolta dall'ente, nonché incentivare una più ampia cooperazione giudiziaria. Infine, appaiono decisivi ulteriori atti per la delineazione attuale del decreto legislativo: la

Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica adottata a Budapest l'8 novembre 2001, che ordina agli Stati l'adozione di sanzioni per situazioni giuridiche inerenti la pornografia minorile (art. 9)²¹⁵ e l'introduzione della responsabilità per le persone giuridiche che commettano questi stessi reati (artt. 12 e 13)²¹⁶; la Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 e la direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro suddetta e si riferisce alla lotta contro l'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori e alla pornografia minorile. Per quanto concerne quest'ultimo riferimento normativo, l'art 12

²¹⁵ Art. 9 (“ Reati relativi alla pornografia minorile”), Titolo II (“Reati relativi ai contenuti”): “(I) Ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie per definire come reato in base alla propria legge nazionale, se commesse intenzionalmente e senza alcun diritto: a. la produzione di pornografia infantile allo scopo della sua diffusione attraverso un sistema informatico; b. l’offerta o la messa a disposizione di pornografia infantile attraverso un sistema informatico; c. la distribuzione o la trasmissione di pornografia infantile attraverso un sistema informatico; d. il procurare pornografia infantile attraverso un sistema informatico per se stessi o altri; e. il possesso di pornografia infantile attraverso un sistema informatico o uno strumento di archiviazione di dati informatici. (II) Ai fini del Paragrafo 1. di cui sopra, l’espressione “pornografia infantile” include il materiale pornografico che raffigura: a. un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; b. un soggetto che sembra essere un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; c. immagini realistiche raffiguranti un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito; (III) Ai fini del Paragrafo 2. di cui sopra, il termine “minore” include tutte le persone sotto i 18 anni di età. Una Parte può comunque richiedere un età minore, che non potrà essere inferiore ai 16 anni. (IV) Ogni Parte può riservarsi il diritto di non applicare in tutto o in parte il paragrafo 1., sottoparagrafi d. ed e., e 2, sottoparagrafi b.e c.”

²¹⁶ Art. 12 (“Responsabilità delle Persone Giuridiche), Titolo V (“Altre forme responsabilità e sanzione”): “(I) Ogni Parte deve adottare le misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di un reato in base a questa Convenzione commesso per loro conto da una persona fisica che agisca sia individualmente che come membro di un organo di una persona giuridica che eserciti un potere di direzione al suo interno, nei termini che seguono: a. un potere di rappresentanza della persona giuridica; b. un’ autorità per assumere decisioni nel nome della persona giuridica; c. un’ autorità per esercitare un controllo all’interno della persona giuridica. (II) In aggiunta ai casi già previsti nel paragrafo 1. di questo articolo, ogni Parte deve adottare le misure necessarie affinché una persona giuridica possa essere ritenuta responsabile se la mancanza di sorveglianza o controllo di una persona fisica di cui al paragrafo 1. ha reso possibile la commissione di reati previsti al paragrafo 1. per conto della persona giuridica da parte di una persona fisica che agisca sotto la sua autorità. (III) Secondo i principi giuridici della Parte, la responsabilità delle persone giuridiche può essere penale, civile o amministrativa. (IV) Questa responsabilità è stabilita senza pregiudizio per la responsabilità penale delle persone fisiche che hanno commesso il reato”; art. 13 (“Sanzioni e Strumenti”), Titolo V (“Altre forme responsabilità e sanzione”): “(I) Ogni Parte deve adottare le misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie affinché i reati previsti in applicazione degli articoli da 2 a 11 possano essere puniti con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che includano la privazione della libertà. (II) Ogni parte deve assicurarsi che le persone giuridiche ritenute responsabili in base all’ articolo 12 siano assoggettate a sanzioni penali o non penali effettive, proporzionate e dissuasive o ad altre misure, incluse sanzioni pecuniarie”.

prevede la necessità di responsabilizzare le persone giuridiche qualora un soggetto, avente il potere di rappresentanza oppure il potere di decidere per conto dell'ente o il potere di controllo, avesse commesso, a proprio vantaggio, uno dei reati previsti dagli articoli da 3 a 7²¹⁷. Inoltre, al comma 2 della medesima disposizione è previsto che le persone giuridiche possono essere destinatarie di un rimprovero penale qualora per negligenza, ovverosia per mancata sorveglianza e controllo da parte dei vertici, abbiano agevolato la realizzazione del fatto incriminato compiuto da un soggetto sottoposto all'autorità del primo.

Questo ampliamento del novero dei reati-fine ha avuto una grande risonanza, poiché la norma in questione potenzialmente imputa all'ente delitti tipicamente attribuiti a singoli individui. Tra questi si menzionano le pratiche di mutilazione degli organi genitali (art. 583 bis c.p.), i delitti di schiavitù e tratta di persone (art. 600, 601 e 602 c.p.), i delitti di prostituzione e pornografia minorile (art. 600 bis e 600 ter c.p.) e l'adescamento di minorenni (art. 609 undecies). La suddetta integrazione assume ancor di più valore se si contrappone il presente testo normativo a quello originario, in cui si elencavano solamente i reati presupposto inerenti all'attività meramente imprenditoriale per far fronte alla criminalità in essa dilagante. Ad oggi si riscontra una nuova manifestazione di attività d'impresa, in cui lo sfruttamento sessuale dei minori porta, ahinoi, un importante incremento economico²¹⁸.

²¹⁷ Art. 3: "Reati di abuso sessuale"; art.4: "Reati di sfruttamento sessuale"; art. 5: "Reati di pornografia minorile"; art. 6: "Adescamento di minori per scopi sessuali"; art.7: "Istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo" nella commissione dei reati enucleati negli articoli da 3 a 6.

²¹⁸ BISACCI, *Commento all'art. 25-quinquies*, in PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2008, p. 282; DELSIGNORE, *Commento all'art. 25-quinquies*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Utet, Torino, 2010, p.383. Alcuni autori sono perplessi sull'introduzione dei delitti contro la persona all'interno del d.lgs. 231/2001, in quanto le previsioni di quest'ultimo sembrerebbero destinate solamente ad associazioni criminali: si veda DELSIGNORE, *op. cit.*, p.392; ROMOLOTTI, *Art. 25*

1.3.1. L'analisi del nuovo reato presupposto.

L'art. 25 quinquies recita testualmente:

“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 (2);

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, nonché per il delitto di cui all'articolo 609-undecies la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote (2).

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”.

Analizzando il testo in discorso e soffermandoci sugli artt. 600 ter, 600 quater, 600 quater1 e 609 undecies c.p., si nota la trasposizione, all'interno della

quinquies, in LEVIS, PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 595.

norma summenzionata, dei reati disciplinati nella sezione I, capo III, titolo XII, libro II del codice penale. L'ente, che ha ricavato un interesse o un vantaggio, sarà destinatario di sanzioni pecuniarie che sono disposte in ordine crescente, in base alla gravità della fattispecie incriminata. Per le condotte punite ai sensi dell'art. 600 ter, comma 1 e 2 c.p., anche in riferimento al materiale pornografico virtuale, è prevista l'irrogazione della sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. Si puntualizza che il sistema delle quote viene definito "sistema per quote a struttura bifasica"²¹⁹: esso consiste in una doppia valutazione operata dal giudice, in quanto in prima istanza egli dovrà determinare l'ammontare delle quote sulla base degli indici fattuali di gravità dell'illecito, definiti dall'art 11, comma 1 del decreto legislativo²²⁰; in una seconda fase l'interprete dovrà individuare il valore monetario di ogni singola quota, prendendo in considerazione le condizioni economiche dell'ente²²¹. Mentre, per gli illeciti sanzionati dall'art. 600 ter, terzo e quarto comma, e 600 quater, seppur relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 quater1, ed anche per il delitto di adescamento di minorenni si applica la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote.

Tuttavia solo nelle ipotesi del primo e secondo comma dell'art. 600 ter, così

²¹⁹ Il modello "per quote" a struttura bifasica ha origine dal *Tagessatzsystem* tedesco.

²²⁰ Art. 11, comma 1 d.lgs. 231/2001 definisce i seguenti parametri di commisurazione dell'ammontare delle quote: a) gravità del fatto; b) grado di responsabilità dell'ente; c) attività svolta al fine di eliminare od attenuare le conseguenze del reato-presupposto e di prevenire la commissione di ulteriori fattispecie criminose.

²²¹ Si veda anche l'art. 12 d.lgs. 231/2001, per quanto riguarda i casi di riduzione della sanzione interdittiva: Art. 12 ("Casi di riduzione della sanzione pecuniaria"): "(I) La sanzione pecuniaria è ridotta della metà e non può comunque essere superiore a euro 103. 291 se: a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo; b) il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità; (II) La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. (III) Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi. (IV) In ogni caso, la sanzione pecuniaria non può essere inferiore a euro 10. 329".

come stabilito dal primo comma dell'art. 25 quinquies, lett. b), l'ente potrà essere destinatario di una sanzione interdittiva²²², purché non inferiore di un anno. In più, l'ultimo comma dell'art. 25 quinquies prevede anche le sanzioni interdittive definitive, rinviando all'art. 16, comma 3 del d.lgs. 231/2001: quest'ultimo stabilisce l'applicazione dell'interdizione non temporanea nell'ipotesi in cui un ente persegua, esclusivamente o prevalentemente, un'attività atta a consentire o agevolare la commissione dei reati suddetti. In questa ipotesi, la natura imprenditoriale è talmente impregnata di criminalità che il legislatore italiano non prevede neanche la riparazione delle conseguenze del reato, ai sensi dell'art. 17²²³.

Di conseguenza conviene specificare che l'interdizione è un istituto giuridico da cui deriva una limitazione temporanea o definitiva dell'esercizio di una facoltà o di un diritto. Le sanzioni in questione hanno un'efficacia ben più inibitoria rispetto a quelle di minore incisività, cioè quelle pecuniarie. L'art. 9, comma 2 elenca, come segue, quali sono le sanzioni interdittive che possono essere irrogate all'ente responsabile ai sensi degli artt. 5, 6 e 7 del d.lgs. 231/2001:

“a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;

b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;

²²² L'art. 9, comma 1 del d.lgs. 231/2001 riprende fedelmente l'art. 11 lett. l), fatta eccezione dell'esclusione nel decreto legislativo della chiusura dello stabilimento o della sede commerciale.

²²³ L'art. 17 (“Riparazione delle conseguenze del reato”) prevede la contestuale applicazione di sanzione pecuniarie e la disapplicazione di quelle interdittive qualora l'ente risarcisca integralmente il danno arrecato prima dell'apertura del dibattimento e abbia rimosso le conseguenze dannose o pericolose da esso derivate, ovvero si sia adoperato in tal senso; qualora l'ente abbia eliminato le carenze organizzative attraverso la predisposizione ed adozione del modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati; qualora abbia messo a disposizione il profitto ai fini della confisca. Le tre condizioni ivi espresse devono necessariamente coesistere.

c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;

d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi²²⁴;

e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi”.

Il contenuto di queste sanzioni produce diversificate conseguenze per l'ente, sebbene tutte siano di certo incapacitanti: in particolare, l'interdizione dall'esercizio dell'attività ha un effetto paralizzante, mentre quelle enunciate alla lett. b), c) ed e) limitano la capacità giuridica oppure la facoltà o i diritti conseguenti ad un provvedimento amministrativo; infine, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi sottrae le risorse finanziarie dell'ente²²⁵.

In definitiva si giunge ad affermare che questa tipologia punitiva si applica poiché quella di natura pecuniaria sarebbe insufficiente per la repressione dell'attività criminale svolta in una data organizzazione e per tal motivo risulta necessario applicare un regime più rigoroso per quei reati che risultano di particolare gravità. Quanto detto conferma uno dei criteri di scelta dell'irrogazione della sanzione in questione, cioè il conferimento della qualifica di *extrema ratio*. Si aggiunge inoltre, nel catalogo dei parametri adottati dall'interprete, anche la valutazione dell'idoneità preventiva delle singole sanzioni, nonché quello della frazionabilità delle sanzioni interdittive, in quanto saranno destinate solo a quella determinata attività a cui è riconducibile il reato presupposto²²⁶. Ulteriori requisiti oggettivi sono stabiliti dall'art. 13 del decreto legislativo in esame: la lettera della norma esplicita che occorre un'espressa previsione per l'applicazione delle stesse, nonché l'ente deve aver tratto un

²²⁴ Si discute sul significato della congiunzione “e”, in specie è controversa l'autonomia o meno della revoca rispetto l'esclusione dai benefici pubblici. Si propende per la consequenzialità della revoca, tenuto conto della disgiunzione prevista alla lett. b) del medesimo articolo.

²²⁶ PIERGALLINI, Danno da prodotto e responsabilità penale, Giuffrè, Milano, 2004, p.301 ss.

profitto di rilevante entità e deve essere connotato da gravi carenze organizzate che hanno agevolato la commissione dei reati da parte dei soggetti ex art. 5 del d.lgs. 231/2001; oppure, come enunciato dalla lett. b) dell'art. 13, comma 1 del medesimo atto legislativo, si sia verificata la reiterazione degli illeciti. Al fine di un'esaustiva trattazione si evidenzia che il concetto di profitto è stato ed è tuttora oggetto di chiarimenti dottrinali e giurisprudenziali: in particolare, la Corte di Cassazione²²⁷ ha sottolineato il carattere dinamico dello stesso, la cui rilevanza si accerta in rapporto alla natura ed al volume dell'attività di impresa e ricomprende anche vantaggi non immediati, cioè potenzialmente raggiungibili all'interno del mercato, grazie alla commissione di illeciti penali posti in essere dai soggetti apicali o sottoposti.

Per completare l'analisi del sistema punitivo gravante sull'ente, si esamina l'art. 18 e l'art. 19, che prevedono rispettivamente la pubblicazione della sentenza di condanna e la confisca. La prima trova applicazione solo nel caso di interdizione e dunque, nelle ipotesi di reato ivi trattate, essa potrà seguire la condanna per l'imputazione dell'art. 600 ter, comma 1 e comma 2 oppure, nel caso previsto dal summenzionato comma 3 dell'art. 25 quinquies, qualora si applichi la sanzione interdittiva definitiva. La ragione di questa differenziazione è la stessa per cui si pubblica la sentenza di condanna: essa luma la reputazione e l'immagine dell'ente e ciò si giustifica solo per le ipotesi delittuose di particolare gravità. Dall'altro lato, la confisca è una sanzione autonoma e obbligatoria. A norma dell'art. 19 ha ad oggetto il prezzo o il profitto del reato; per prezzo si intendono le cose date o promesse per determinare o istigare la commissione del reato, invece la nozione di profitto appare di più ardua interpretazione. Il profitto, come già annunciato, è stato oggetto di diatribe giurisprudenziali oltre che dottrinali: decisiva è la sentenza delle Sezioni Unite del 27 marzo 2008 n. 26654. Il provvedimento in questione ha stabilito che il profitto corrisponde ad un complesso di vantaggi economici derivati dal reato

²²⁷ Cfr. Cass. pen., S.U., Sent. n. 26654 del 27 marzo 2008.

presupposto ed a questo strettamente pertinenti. Infine si sottolinea l'integrazione della previsione legislativa per quel che riguarda la confisca per equivalente avente ad oggetto denaro beni od altra utilità di valore equivalente il prezzo o il profitto del fatto incriminato²²⁸, qualora ad esempio vi sia stato un occultamento del profitto o del prezzo, o qualora vi siano stati restituiti al danneggiato oppure sussistano diritti acquisiti da terzo in buona fede.

All'apparato sanzionatorio appena enunciato, si affiancano un altro di natura disciplinare all'interno del codice etico adottato dall'ente. Ciò detto nasce dalla già ribadita esigenza di prevenire il rischio di reato e si incrementa la probabilità di riuscita di tale intento qualora siano previste le modalità di punizione verso chi non rispetta le regole interne al sistema imprenditoriale e quelle volte a ridurre il rischio di verifica dell'illecito penale. Quest'ultima attenzione dell'ente si manifesta mediante adeguati strumenti valutativi dell'affidabilità e trasparenza dei collaboratori, in virtù della funzione ricoperta da quel determinato soggetto fisico²²⁹.

Il codice etico e la formazione di coloro che fanno parte di un ente sono importanti misure di prevenzione, così come ribadito dalle stesse Linee Guida di Confindustria. Queste ultime, innanzitutto, evidenziano che i principi etici adottati rappresentano un ingranaggio del sistema di controllo preventivo. Mentre per quanto concerne la formazione, essa consiste nell'educare i soggetti che forniscono delle prestazioni per l'ente al fine di rendere loro partecipi delle voci inserite nel modello organizzativo e consapevoli delle conseguenze dell'inosservanza delle regole lì sancite. Per giunta, quest'ultimo obiettivo appare di particolare rilevanza a fronte della recente introduzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato dell'ente.

²²⁸ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padova, 1997 p. 57 ss.

²²⁹ SUMMERER, *La responsabilità dell'ente per i delitti contro la persona*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia. Reati fallimentari. Responsabilità dell'ente*, tomo II, Utet, Torino, 2015, p. 2909 ss.

2. Internet Service Provider.

L'*ISP*, così come già analizzato (cfr. cap. II), assume un ruolo rilevante e conteso all'interno del panorama giuridico, essendo un'organizzazione che, al pari di ogni altro ente destinatario della normativa del d.lgs. 231, è soggetto ai precetti penali. Per questa ragione appare opportuno che il *provider* adotti un idoneo ed efficace modello organizzativo, al fine di prevenire i delitti ex art. 25 quinquies del decreto legislativo in questione, prevedendo l'obbligo di segnalazione all'autorità competente di eventuali immissioni in rete ed il conseguente dovere di rimozione, onde evitare di incappare in un procedimento penale a suo carico. Infine l'*ISP* dovrebbe controllare il corretto funzionamento del filtraggio automatico, con l'obiettivo di impedire l'accesso ai dati illeciti ed attinenti ai delitti lesivi dell'integrità fisica e morale di minorenni²³⁰.

2.1. Linee Guida di Confindustria.

Le Linee guida di Confindustria, così come aggiornate nel 2014, hanno disposto, in merito ai delitti contro la persona, dei controlli preventivi *ad hoc*. In particolare sono auspicati: l'introduzione di un specifico divieto inerente la pornografia minorile; l'adozione di idonei strumenti informatici atti ad inibire l'accesso e/o la ricezione del materiale illecito; la previsione di direttive destinate ai dipendenti e riguardanti il corretto utilizzo delle nuove tecnologie; la ponderata valutazione e disciplina dell'organizzazione diretta e/o indiretta di viaggi o di periodi di soggiorno all'estero, con particolare attenzione alle località note come terreno fertile per la consumazione dei delitti contro la libertà sessuale dei minori; la valutazione ponderata di *partnership* con società di

²³⁰ SUMMERER, *op. cit.*, p. 2909 ss.

comunicazione telematica di materiale illecito; infine un sistema di sanzioni disciplinari come precedentemente richiamato.

3. La criminalità organizzata e lo sfruttamento dei minori.

Si ritiene doveroso un approfondimento relativo alla relazione dei delitti contro la libertà sessuale e la criminalità organizzata. In particolare si tratta del delitto di associazione a delinquere ai sensi dell'art. 416 del codice penale²³¹. L'ultimo comma di tale norma è stato aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. c) della L. 1° ottobre 2012, n. 172 e recita così come segue:

“Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni

²³¹ Art. 416 c.p. (“Associazione per delinquere”): “(I) Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. (II) Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. (III) I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori. (IV) Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni. (V) La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più. (VI) Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 601-bis e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-bis, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma. (2). (VII) Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma.

nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma”.

L’aggravante in questione appare significativa poiché il legislatore, prima comunitario e poi italiano, ha riscontrato la necessità di integrare la fattispecie criminosa con fatti contro la persona fisica sanzionabili penalmente. Tale modifica alla disposizione legislativa è l’esito di una necessità reale, ossia quella di considerare come maggiormente riprovevole un comportamento delittuoso in materia sessuale contro i soggetti più “deboli”.

Oltretutto, l’illecito penale di cui all’art. 416 c.p. è uno dei reati-fine del testo della responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti. Ciò detto sottolinea l’interdipendenza tra l’attività imprenditoriale e le realtà associative che perseguono finalità criminose. Al contempo, in combinato disposto con il settimo ed ultimo comma della norma del codice penale, si osserva l’opportunità e l’idoneità dell’innesto dei delitti contro la libertà sessuale dei minori all’interno di associazioni per delinquere: infatti, una volta appurata la mutata fisionomia dell’attività d’impresa, sembrerebbe inspiegabile non considerare l’alta probabilità di generare autonomo profitto²³², anche realizzando tali fattispecie penalmente rilevanti, da parte delle organizzazioni sanzionate penalmente ai sensi dell’art. 416 c.p.

3.1. Differenza tra l’associazione per delinquere e l’art. 110 c.p.

All’interno del presente elaborato si vuole chiarire la dicotomia tra l’art. 416 c.p. e il concorso di persone nel reato: infatti, questa argomentazione è utile ai

²³²Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 46162 del 23 novembre 2015; Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 26721 del 25 giugno 2015, n. 26721.

fini della qualificazione della posizione di un soggetto appartenente ad un dato ente, qualora egli commetta i delitti di pornografia minorile, detenzione del materiale pornografico, pornografia virtuale ed adescamento di minorenni.

Innanzitutto giova soffermarsi sulla definizione dell'associazione per delinquere fornita dalla giurisprudenza²³³. In particolare essa sancisce che l'organizzazione in questione ha come presupposto qualificante lo svolgimento di un'attività parte di un disegno criminoso. Pertanto, gli elementi costitutivi del delitto in esame, che devono esistere cumulativamente, sono: a) il vincolo associativo tendenzialmente permanente; b) l'indeterminatezza del disegno criminoso; c) l'esistenza di una struttura organizzativa, anche minima, ma idonea e adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi. Sul piano soggettivo, invece, è imprescindibile la c.d. *affectio societatis*, ossia la consapevolezza e la volontà di partecipare attivamente alla vita associativa al fine di commettere fatti penalmente rilevanti.

Il *discrimen* tra il delitto in disamina e l'istituto concorsuale si individua nell'accordo criminoso, ossia nel secondo e nel reato continuato esso avviene occasionalmente, poiché si riferisce alla realizzazione di uno o più reati concordati: una volta commessi l'allarme sociale non sussiste più, mentre nell'associazione per delinquere questo continua a permanere, proprio perché la commissione di fatti illeciti penali rappresenta lo scopo permanente e duraturo della medesima.

Il punto appena argomentato è prodromico alla corretta analisi dell'art. 24 ter del d.lgs. 231/2001, come di seguito si esplicherà.

²³³ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sent. n. 19783 del 8 maggio 2013.

3.2. L'art. 24 ter d.lgs. 231/2001: delitti di criminalità organizzata.

Il dettato dell'art. 24 *ter* ("Delitti di criminalità organizzata") del d.lgs. 231/2001, norma inserita dall'art. 2, comma 29, della Legge 15 luglio 2009, n. 94, è il seguente:

"1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. Inoltre al momento dell'introduzione del reato-fine in discorso non era prevista nell'ordinamento penale italiano la fattispecie criminosa dell'adescamento di minorenni.

3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno".

4. 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 nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3".

In base alla lettera del secondo comma si desume che nel caso in cui l'ente, costituente un'associazione per delinquere, compia i delitti enunciati all'art. 416, comma 7 c.p. sarà destinatario di una sanzione pecuniaria da trecento ad

ottocento quote. La disposizione normativa è completata da due ulteriori previsioni sanzionatorie: il comma 3 dispone che, in caso di condanna dell'ente per uno dei delitti-presupposto previsti dai primi due commi, dovranno essere comminate sanzioni interdittive per una durata non inferiore ad un anno; infine, il comma 4 dispone che se l'ente od una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo, unico o prevalente, di consentire o agevolare la commissione dei delitti di cui ai commi 1 e 2, viene irrogata l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, ai sensi dell'art. 16, comma 3.

Al momento dell'introduzione dell'articolo 24 ter nel decreto legislativo in esame non era ancora contemplato come reato l'adescamento di minorenni e di conseguenza nel settimo comma non era previsto come aggravante. Attualmente va quindi considerata anche la finalità della consumazione del delitto disciplinato dall'art. 609 undecies c.p., a conferma dell'attenzione del legislatore al diffuso fenomeno di sfruttamento dei minori ad opera di soggetti tra loro vincolati dal medesimo disegno criminoso associativo.

3.3. Tentativo: art. 24 ter e 25 quinquies d.lgs. 231/2001.

Si aggiunge la possibile configurazione del tentativo di commissione degli illeciti previsti dalle norme sui "Delitti di criminalità organizzata" e sui "Delitti contro la personalità individuale".

A tal proposito si osservi il disposto dell'art. 26 ("Delitti tentati") dell'atto legislativo sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche:

“1. Le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei delitti indicati nel presente capo del decreto.

2. L’ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell’azione o la realizzazione dell’evento”.

Nei confronti dell’ente il tentativo produce effetti più favorevoli rispetto a quelli previsti dall’art. 56 c.p. in materia di tentativo di reato da parte delle persone fisiche. Infatti, quest’ultima previsione del codice penale prevede al secondo comma la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l’ergastolo; e, negli altri casi, una riduzione da un terzo a due terzi della pena stabilita per quel delitto. Inoltre, l’impedimento volontario dell’azione o della realizzazione dell’evento da parte dell’ente porta maggiori benefici allo stesso rispetto al soggetto agente che commette il reato presupposto: il primo è esente da ogni responsabilità, mentre il secondo ha una riduzione da un terzo alla metà della pena irrogata per il delitto tentato, che sebbene sia una diminuzione maggiore rispetto a quella stabilita nei commi precedenti del medesimo art. 56 c.p., si delinea comunque un trattamento sicuramente più gravoso per il *reo*. Nell’ambito della responsabilità della *societas*, l’urgenza di una pena viene completamente eliminata nel caso di recesso attivo da parte dell’ente che compie condotte riparatorie successive. Questo evidenzia, ancora una volta, un sistema sanzionatorio che viene dosato sulla base del comportamento “collaborativo” dell’ente ed in particolare sarà ritenuto non rimproverabile qualora impedisca la consumazione del reato al fine della tutela del bene giuridico in pericolo²³⁴.

²³⁴ DE FALCO, *Delitto tentato e profili di responsabilità dell’ente*, in *Rivista* 231, 2015; Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 7718 del 13 gennaio-20 febbraio 2009

4. Transnazionalità.

La Legge n. 146 del 16 marzo 2006, rubricata “Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall’Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001”, è entrata in vigore in seguito alla ratifica della Convenzione dell’ONU che riguarda il crimine organizzato transnazionale da parte del Parlamento italiano. L’art. 3 della Legge suddetta²³⁵ definisce il significato di “reato transnazionale”: infatti chiarisce che è quel reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato e qualora ricorra almeno una delle seguenti condizioni:

a) il reato è commesso in più Stati;

b) il reato è commesso parzialmente in uno Stato diverso rispetto a quello ove si è consumato, o meglio qualora parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Paese;

c) il reato è commesso in uno Stato, ma qualora faccia parte di un programma criminoso di un gruppo criminale organizzato esteso in più Paesi;

d) il reato è commesso in uno Stato, sebbene gli effetti sostanziali si producano in un altro.

Riguardo a questo importante passo, tale da coprire una lacuna normativa importante, l’allora Segretario dell’ONU, Kofi Annan ha evidenziato che “gli stessi mezzi tecnologici che sostengono la globalizzazione e l’espansione transnazionale della società civile, forniscono l’infrastruttura per l’espansione

²³⁵ ROSSETTI, sub *Criminalità organizzata*, III, *Reato transnazionale*, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 867 ss.

di una rete globale di ‘società incivile’- criminalità organizzata, trafficanti di droga, riciclaggio di denaro e terroristi”.

Tale citazione porta ad una riflessione sull'utilizzo degli strumenti informatici e telematici. Il cyberspazio, come ribadito più volte durante l'integrale disamina, è un luogo non solo di commissione di reati, ma di incentivi da parte soggetti fisici e giuridici intenzionati ad attivarsi contro la legge.

Oltretutto poiché può essere affiancata la nozione di gruppo criminale organizzato a quello di associazione per delinquere ex art. 416 c.p.²³⁶, si nota che i delitti costituenti lo scopo degli associati assumono una connotazione a loro volta transnazionale, seppur in maniera indiretta. In questo caso verrà, per giunta, applicata la circostanza aggravante ai sensi dell'art. 4 della L. 146/2006²³⁷, aumentando la pena irrogata da un terzo alla metà.

Rimanendo nel presente ambito d'argomentazione, sebbene con uno sguardo verso le persone giuridiche, non può non menzionarsi l'art. 10 (*“Responsabilità amministrativa degli enti”*):²³⁸ l'art. 10 legge 146/2006 si riferisce a quei reati

²³⁶ Cfr. Cass. pen., S.U., Sent. n. 18374 del 31 gennaio 2013. Il Supremo Collegio ha chiarito che l'aggravante dell'art. 4 della legge 16 marzo 2006 n. 146 è applicabile al reato associativo, purché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa; si veda anche Cass. pen., Sez. VI, Sent. n. 47217 del 27 novembre 2015.

²³⁷ Art. 4 (*“Circostanza aggravante”*): “(I) Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà. (II) Si applica altresì il comma 2 dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni”.

²³⁸ Art. 10 (*“Responsabilità amministrativa degli enti”*): “(I) In relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati previsti dall'articolo 3, si applicano le disposizioni di cui ai commi seguenti. (II) Nel caso di commissione dei delitti previsti dagli articoli 416 e 416-bis del codice penale, dall'articolo 291-quater del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da quattrocento a mille quote. (III) Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non inferiore ad un anno. (IV) 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 2,

che corrispondono alla definizione data dall'art. 3 e che sono ricompresi tra i reati di associazione per delinquere previsti (art. 416 c.p.) e di associazione di stampo mafioso (416 bis c.p.); di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291quater del Testo unico di cui al D.P.R. 23 gennaio 1973, n.43); di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope (art. 74 del Testo unico di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n.309); i reati concernenti il traffico di migranti, ossia i delitti di cui all'art. 12, commi 3, 3 bis, 3 ter e 5, del Testo unico di cui D.lgs. 25 luglio 1998, n.286 e successive modificazioni; i reati concernenti l'intralcio alla giustizia di cui agli artt. 377 bis (induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria) ed il favoreggiamento personale (378 c.p.); e per concludere i delitti di cui agli artt. 648 bis (riciclaggio) e 648 ter del codice penale (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita).

In seguito all'emanazione della legge si pone la problematica del concorso di norme, tra il d.lgs. 231/2001 e quelle della L.146/2006. Tuttavia si conviene che si tratti di un concorso apparente di norme, in virtù della specialità delle seconde rispetto alle prime e dunque, nell'ipotesi di assoluta coincidenza tra il fatto tipico dell'art. 24 ter, in riferimento al 416 c.p. e quanto indicato dall'art. 10 in

si applica all'ente la sanzione amministrativa dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. (V) Nel caso di reati concernenti il riciclaggio, per i delitti di cui agli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a ottocento quote. (VI) Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 5 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni. (VII) Nel caso di reati concernenti il traffico di migranti, per i delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a mille quote. (VIII) Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 7 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni. (IX) Nel caso di reati concernenti intralcio alla giustizia, per i delitti di cui agli articoli 377-bis e 378 del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquecento quote. (X) Agli illeciti amministrativi previsti dal presente articolo si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.

combinato disposto con l'art. 3 della L. 146/2006 si dirimerà la problematica concorsuale a favore delle disposizioni sui reati transnazionali.

Dunque nelle ipotesi di criminalità transnazionale, l'ente sanzionabile ex art. 24 ter del d.lgs. 231/2001 che commette il reato transnazionale sarà destinatario della sanzione della confisca, anche per equivalente in base alla disciplina dell'art. 11 della L. 146/2006²³⁹.

5. Conclusioni.

A discapito delle critiche sull'opportunità dell'introduzione dei delitti di pornografia minorile e virtuale, di detenzione del materiale pornografico e di adescamento di minorenni all'interno dell'assetto normativo dedicato alle persone giuridiche, si ritiene che tale evoluzione legislativa sia assolutamente giustificata in virtù del ruolo del *provider* come soggetto centrale dell'immissione e della circolazione dei dati nel cyberspazio ed poiché tali condotte illecite sono veicolo indiscusso per ottenere profitto e quindi un importante canale di implementazione criminale²⁴⁰.

²³⁹Art. 11 (“Ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente”): “(I) Per i reati di cui all'articolo 3 della presente legge, qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo. In caso di usura è comunque ordinata la confisca di un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari. In tali casi, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di danaro o individua i beni o le utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato.

²⁴⁰SUMMERER, *op. cit.*, p. 2925 ss.

CAPITOLO QUARTO

IL CYBERSPAZIO: NECESSITA' DI UNA NORMATIVA A LIVELLO GLOBALE

.....

Sommario: 1. Oltre i confini nazionali: introduzione ai profili comparatistici. - 2. Common Law: gli Stati Uniti d'America. - 3. Casi giurisprudenziali: legge per o contro i minori? - 4. Civil Law: la Francia. -5. La conclusione del “viaggio”.

1. Oltre i confini nazionali: introduzione ai profili comparatistici.

L'analisi finora sviluppata concerne la legislazione italiana e l'evoluzione del diritto nell'ambito della libertà sessuale dei minori.

Tuttavia si è potuto notare come l'ambito normativo europeo e quello internazionale siano essenziali per dare forma e maggior sostanza alle decisioni prese nel contesto nazionale. Queste ultime sono frutto di recepimenti di direttive europee e ratifiche di atti internazionali e ciò a testimonianza del ruolo, a dir poco decisivo, del diritto sovranazionale. In più il cyberspazio, non a caso più volte definito “non luogo”, rappresenta un *locus* per definizione privo di confini e per tal ragione sarebbe assolutamente poco incisiva una disciplina disomogenea tra gli Stati esistenti. Vi è ancora molta strada da fare, soprattutto in materia di diritto penale, in quanto quest'ultima appare ancora troppo vincolata ai retaggi tradizionali di uno *ius* determinato dai singoli Paesi. Sicuramente la normativa penale fa i conti con esigenze particolari e specifiche, che variano più di altri ambiti giuridici, da territorio a territorio; inoltre per il

legislatore è arduo lasciare una forte discrezionalità nella statuizione di norme che influiscono in maniera pregnante sulla vita dei cittadini, e non solo, che popolano il territorio nazionale. A fronte di queste affermazioni, non si può trattare la tematica della tutela dei minori nel *cyberspace* senza verificare le uguaglianze e le divergenze delle leggi tra l'Italia ed ulteriori Paesi di *civil law* e di *common law*. In specie, due appaiono significativi: da un lato per la vastità del fenomeno di abuso sessuale a danno dei minori, dall'altro per l'estesa, ed anche complessa, disciplina dettata per la protezione dei soggetti più "deboli" all'interno del mondo informatico e telematico, ossia rispettivamente gli Stati Uniti d'America e la Francia.

2. Common Law: gli Stati Uniti d'America.

Prima di entrare nello specifico nell'ambito dei delitti oggetto del presente elaborato, risulta opportuno un breve *excursus* sulla codificazione statunitense in materia penale. Innanzitutto le fonti del diritto americano si articolano gerarchicamente in tal maniera:

1. la Costituzione degli Stati Uniti rappresenta il diritto più alto, rispetto alla quale tutte le altre fonti sono dipendenti;
2. i Trattati, sottoscritti dal Presidente degli Stati Uniti e approvati dai due terzi del Senato, hanno la stessa autorità delle leggi federali e sono subordinati solamente alla Costituzione;
3. le leggi federali, emanate dal Congresso, sono vincolate solo dalla Costituzione;

4. le costituzioni statali, consistenti nel più rilevante apparato normativo all'interno del singolo Stato in cui sono emanate, sebbene siano subordinate alle leggi federali;

5. le leggi statali, emanate dai rispettivi organi legislativi locali, sono vincolate sia alla costituzione statale che alle leggi federali; assumono particolare rilievo negli ambiti non espressamente riservati dalla Costituzione degli Stati Uniti al Congresso.

In specie il diritto penale consta di *common law*, di *statutes* e di *codified law* e pone le radici all'interno dello *ius anglosassone*, sebbene con il tempo si sia delineata un'evidente dicotomia tra i due contesti giuridici. Infatti gli *USA* hanno man mano cercato di costruire un assetto normativo non solo basato sulla consuetudine, ma, per quanto riguarda i reati, fondato anche sulla legge scritta. Con tale intento, l'*American Law Institute* ha dato vita al c.d. *Model Penal Code*, in seguito a precedenti tentativi, elencando all'interno una serie di fattispecie criminose²⁴¹. Si trattava di un sistema poco organico e dunque nel 1971 la commissione Nazionale per la riforma delle leggi penali federali ha promulgato un nuovo codice, il *Federal Criminal Code* ed in particolare il Titolo XVIII. Sebbene sia stato notevole lo sforzo di conferire al diritto penale sistematicità e razionalità, appare visibile una netta differenza con le codificazioni europee: nel *U.S. Code* permane una miscela di previsioni di parte generale con quelle di parte speciale che non aiutano la ricerca e la comprensione delle stesse disposizioni. Dunque, per agevolare l'interprete occorre far riferimento al *nomen* della fattispecie criminosa attribuita dal legislatore, con l'attenzione dovuta nel discernere i vari reati non solo in base ai

²⁴¹ FORTI, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale. Un'analisi quantitativo-strutturale sui codici di 20 Paesi secondo la prospettiva delle "capacità"*, in PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2013, p.483 ss; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 213 ss.

molteplici beni giuridici tutelati, ma anche in virtù della tipologia delle persone offese.

Infine, in riferimento all'apparato sanzionatorio si noti che, nella maggioranza dei casi, la norma non prescrive il minimo di sanzione da irrogare, ma solo il massimo: pertanto si conviene che il minimo applicabile e considerato dal legislatore statunitense sia quello di un giorno; mentre, la pena di morte corrisponde alla comminazione di cento anni, e, invece, la pena a vita è pari a cinquanta anni, sebbene per alcuni reati sia prevista la reclusione di trentacinque anni.

2.1. Child pornography e la legislazione federale.

“Purtroppo abbiamo visto un aumento storico nella diffusione della pornografia minorile, nel numero di immagini condivise *online* e nel livello di violenza connessi allo sfruttamento dei bambini e agli abusi sessuali. Tragicamente, l'unico posto dove abbiamo visto una diminuzione è nell'età delle vittime. Questo è, semplicemente, inaccettabile” (Attorney Generale Eric Holder Jr., Conferenza Nazionale di Strategia sulla lotta contro lo sfruttamento dei bambini, San Jose, California, 19 maggio 2011).

Per prima cosa occorre capire cosa si intende per *child pornography* negli Stati Uniti, ed in specie nella legislazione federale. Essa è una forma di sfruttamento minorile che consiste in una qualsiasi rappresentazione visiva di comportamento sessualmente esplicito che coinvolge un minorenne, ossia un

soggetto avente un'età inferiore ad anni diciotto. Le immagini della pornografia minorile sono anche definite come immagini di abuso sessuale dei minori²⁴².

In particolare, la legge federale vieta e sanziona la produzione, la distribuzione, l'importazione, la ricezione o il possesso di qualsiasi immagine che sfrutta un minorenne. Chi commette tale reato è punito con gravi pene statutarie.

2.1.1. Child pornography: evoluzione inarrestabile del fenomeno criminoso.

L'estensione della commissione del reato in discorso va analizzata a fasi. Infatti a metà degli anni Ottanta, il traffico del materiale illecito è stato quasi completamente sradicato attraverso una serie di campagne che hanno avuto il merito di fungere da forte deterrente.

Purtroppo, in seguito all'avvento della tecnologia il mercato dei criminali nell'ambito della *child pornography* ha ripreso vigore, proprio perché, come più volte sottolineato, internet offre lo spazio agli individui di creare, accedere e condividere i dati in tutto il mondo. Anche negli *USA* le comunità *online* hanno un ruolo decisivo, in quanto esse non solo raccolgono gruppi di malintenzionati già appartenenti a queste realtà, ma ne attirano anche di nuovi ed esterni. Con lo sviluppo dei canali di comunicazione 2.0 è incrementato il numero di immagini circolanti attraverso i mezzi informatici e telematici ed ancora più drammatico, se possibile, è il forte aumento della quantità di rappresentazioni raffiguranti neonati.

²⁴² “*Child pornography*” in <https://www.justice.gov/criminal-ceos/child-pornography>

2.2. Title 18 U.S. Code²⁴³.

I riferimenti normativi all'interno della legislazione federale sono innumerevoli. Tornando, in maniera più dettagliata, alla definizione di *child pornography* si menziona la sezione 2256 del *Title 18 U.S. Code*²⁴⁴, dedicato

²⁴³ *Citizen's guide to U.S. Federal Law on child pornography*, in <https://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-pornography>.

²⁴⁴ 18 US Code, section 2256 ("Definitions for chapter"): "For the purposes of this chapter, the term - (1) "minor" means any person under the age of eighteen years;(2) (A)Except as provided in subparagraph (B), "sexually explicit conduct" means actual or simulated - (i)sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;(ii) bestiality;(iii) masturbation;(iv) sadistic or masochistic abuse; or (v) lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;(B) For purposes of subsection 8(B) of this section, "sexually explicit conduct" means - (i) graphic sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex, or lascivious simulated sexual intercourse where the genitals, breast, or pubic area of any person is exhibited;(ii)graphic or lascivious simulated;(I)bestiality;(II)masturbation; or (III)sadistic or masochistic abuse; or (iii) graphic or simulated lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;(3) "producing" means producing, directing, manufacturing, issuing, publishing, or advertising;(4) "organization" means a person other than an individual; (5) "visual depiction" includes undeveloped film and videotape, data stored on computer disk or by electronic means which is capable of conversion into a visual image, and data which is capable of conversion into a visual image that has been transmitted by any means, whether or not stored in a permanent format; (6)"computer" has the meaning given that term in section 1030 of this title; (7)"custody or control" includes temporary supervision over or responsibility for a minor whether legally or illegally obtained;(8)"child pornography" means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where - (A)the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; (B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or (C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct. (9)"identifiable minor" - (A)means a person - (i) (I) who was a minor at the time the visual depiction was created, adapted, or modified; or (II) whose image as a minor was used in creating, adapting, or modifying the visual depiction; and (ii) who is recognizable as an actual person by the person's face, likeness, or other distinguishing characteristic, such as a unique birthmark or other recognizable feature; and (B) shall not be construed to require proof of the actual identity of the identifiable minor. (10)"graphic", when used with respect to a depiction of sexually explicit conduct, means that a viewer can observe any part of the genitals or pubic area of any depicted person or animal during any part of the time that the sexually explicit conduct is being depicted; and (11) the term "indistinguishable" used with respect to a depiction, means virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct. This definition does not apply to depictions that are drawings, cartoons, sculptures, or paintings depicting minors or adults".

alla circoscrizione del significato di tale concetto: essa, come già detto, corrisponde a qualsiasi raffigurazione di un minore di anni diciotto. Le rappresentazioni visive comprendono fotografie, video, immagini digitali o computerizzate, riguardanti effettivamente un minore realmente esistente ed individuabile ed anche immagini create, adattate o modificate, tale da far sembrare realistico il medesimo soggetto, purché si tratti di una rappresentazione di un comportamento sessuale esplicito, ossia effettivo o simulato secondo l'elencazione fornita dalla sezione qui richiamata. Oltretutto, anche la pellicola non sviluppata, la videocassetta non sviluppata e i dati memorizzati in forma elettronica, che tuttavia possono essere convertiti in un'immagine avente ad oggetto quanto suddetto, sono anch'essi considerati rappresentazioni *contra legem* per la legge federale. In più è utile specificare che la definizione giuridica del comportamento sessualmente esplicito non richiede l'esercizio di un'attività sessuale da parte del minorenne: dunque una foto di un bambino o di un adolescente nudo può costituire una raffigurazione punibile alla stregua di quanto suesposto. Altrettanto irrilevante appare il consenso o meno della vittima, poiché qualora essa abbia un'età inferiore ad anni diciotto rimane comunque soggetto passivo del reato in questione.

In particolare, la sezione 2251²⁴⁵ ("*Sexual exploitation of children*") punisce qualsiasi persona che impiega, usa, persuade, induce, invoglia o esercita una

²⁴⁵ 18 U.S. Code, section 2251:“(a)Any person who employs, uses, persuades, induces, entices, or coerces any minor to engage in, or who has a minor assist any other person to engage in, or who transports any minor in or affecting interstate or foreign commerce, or in any Territory or Possession of the United States, with the intent that such minor engage in, any sexually explicit conduct for the purpose of producing any visual depiction of such conduct or for the purpose of transmitting a live visual depiction of such conduct, shall be punished as provided under subsection (e), if such person knows or has reason to know that such visual depiction will be transported or transmitted using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce or mailed, if that visual depiction was produced or transmitted using materials that have been mailed, shipped, or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or if such visual depiction has actually been transported or transmitted using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce or mailed. (b) Any parent, legal guardian, or person having custody or control of a minor who knowingly permits

coercizione su un minore, per far sì che quest'ultimo compia un comportamento sessualmente esplicito e allo scopo di produrre immagini visive di tale comportamento. Ogni individuo che tenti o compia il reato di *child pornography* è soggetto ad un procedimento penale ai sensi della legge federale. In tal caso la giurisdizione federale è implicata se il reato di pornografia a danno di minori si sia verificato all'interno del commercio interstatale o estero. Ciò include, ad esempio, l'utilizzo della posta elettronica degli Stati Uniti d'America o dei canali comuni per trasportare, attraverso i confini nazionali o internazionali, i dati oggetto della fattispecie penale in esame. Inoltre, la giurisdizione federale si applica quasi sempre quando *internet* viene utilizzato per porre in essere una condotta riconducibile alla pornografia infantile, anche qualora la foto

such minor to engage in, or to assist any other person to engage in, sexually explicit conduct for the purpose of producing any visual depiction of such conduct or for the purpose of transmitting a live visual depiction of such conduct shall be punished as provided under subsection (e) of this section, if such parent, legal guardian, or person knows or has reason to know that such visual depiction will be transported or transmitted using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce or mailed, if that visual depiction was produced or transmitted using materials that have been mailed, shipped, or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or if such visual depiction has actually been transported or transmitted using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce or mailed. (c) (1) Any person who, in a circumstance described in paragraph (2), employs, uses, persuades, induces, entices, or coerces any minor to engage in, or who has a minor assist any other person to engage in, any sexually explicit conduct outside of the United States, its territories or possessions, for the purpose of producing any visual depiction of such conduct, shall be punished as provided under subsection (e). (2) The circumstance referred to in paragraph (1) is that-(A) the person intends such visual depiction to be transported to the United States, its territories or possessions, by any means, including by using any means or facility of interstate or foreign commerce or mail; or (B) the person transports such visual depiction to the United States, its territories or possessions, by any means, including by using any means or facility of interstate or foreign commerce or mail. (d) (1) Any person who, in a circumstance described in paragraph (2), knowingly makes, prints, or publishes, or causes to be made, printed, or published, any notice or advertisement seeking or offering-(A)to receive, exchange, buy, produce, display, distribute, or reproduce, any visual depiction, if the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct and such visual depiction is of such conduct; or (B) participation in any act of sexually explicit conduct by or with any minor for the purpose of producing a visual depiction of such conduct; shall be punished as provided under subsection (e). (2) The circumstance referred to in paragraph (1) is that-(A) such person knows or has reason to know that such notice or advertisement will be transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means including by computer or mailed; or (B) such notice or advertisement is transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means including by computer or mailed. (e)”

incriminata, ad esempio, non abbia “viaggiato” attraverso i confini statali o internazionali, ma se i supporti materiali, come il *personal computer* utilizzato per scaricare l'immagine o il *CD Rom* utilizzato per memorizzare la stessa, abbiano origine o comunque abbiano a che fare con il commercio interstatale o estero.

Significativo, nonché spunto di riflessione, è il richiamo esplicito e separato dalla sezione 2251 dell'*U.S. Code*, del divieto da parte del genitore, del tutore legale o di qualsiasi altra persona che abbia la custodia o il controllo su un minore di diciotto anni, di cedere, in qualsiasi modo, tale custodia al fine di produrre materiale pornografico (sezione 2251A del Titolo XVIII Codice degli Stati Uniti²⁴⁶).

²⁴⁶ 18 *U.S. Code*, section 2251A (“Selling or buying of children”): “(a) Any parent, legal guardian, or other person having custody or control of a minor who sells or otherwise transfers custody or control of such minor, or offers to sell or otherwise transfer custody of such minor either-(1)with knowledge that, as a consequence of the sale or transfer, the minor will be portrayed in a visual depiction engaging in, or assisting another person to engage in, sexually explicit conduct; or(2) with intent to promote either-(A)the engaging in of sexually explicit conduct by such minor for the purpose of producing any visual depiction of such conduct; or(B) the rendering of assistance by the minor to any other person to engage in sexually explicit conduct for the purpose of producing any visual depiction of such conduct;shall be punished by imprisonment for not less than 30 years or for life and by a fine under this title, if any of the circumstances described in subsection (c) of this section exist. (b) Whoever purchases or otherwise obtains custody or control of a minor, or offers to purchase or otherwise obtain custody or control of a minor either-(1)with knowledge that, as a consequence of the purchase or obtaining of custody, the minor will be portrayed in a visual depiction engaging in, or assisting another person to engage in, sexually explicit conduct; or (2) with intent to promote either-(A)the engaging in of sexually explicit conduct by such minor for the purpose of producing any visual depiction of such conduct; or (B)the rendering of assistance by the minor to any other person to engage in sexually explicit conduct for the purpose of producing any visual depiction of such conduct;shall be punished by imprisonment for not less than 30 years or for life and by a fine under this title, if any of the circumstances described in subsection (c) of this section exist.(c) The circumstances referred to in subsections (a) and (b) are that-(1)in the course of the conduct described in such subsections the minor or the actor traveled in or was transported in or affecting interstate or foreign commerce;(2)any offer described in such subsections was communicated or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means including by computer or mail; or (3)the conduct described in such subsections took place in any territory or possession of the United States”.

Altra disposizione da segnalare è la sezione 2252²⁴⁷ specificatamente relativa al commercio interstatale o estero che abbia ad oggetto una qualche rappresentazione visiva di un minore, così come definito dalla sezione 2251. In più nel paragrafo n. 4 viene punito chiunque accede consapevolmente ad uno o più libri, riviste, periodici, film a contenuto pornografico avente ad oggetto un minore o ad altro materiale analogo per prenderne visione. In tal caso tale puntualizzazione rende penalmente rilevante anche il mero accesso al materiale

²⁴⁷ 18 U.S. Code, section 2252 (“Certain activities relating to material involving the sexual exploitation of minors”): “(a) Any person who- (1) knowingly transports or ships using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means including by computer or mails, any visual depiction, if-(A) the producing of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; and (B) such visual depiction is of such conduct; (2) knowingly receives, or distributes, any visual depiction using any means or facility of interstate or foreign commerce or that has been mailed, or has been shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce, or which contains materials which have been mailed or so shipped or transported, by any means including by computer, or knowingly reproduces any visual depiction for distribution using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce or through the mails, if-(A) the producing of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; and (B) such visual depiction is of such conduct; (3) either-(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the Government of the United States, or in the Indian country as defined in section 1151 of this title, knowingly sells or possesses with intent to sell any visual depiction; or (B) knowingly sells or possesses with intent to sell any visual depiction that has been mailed, shipped, or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce, or has been shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce, or which was produced using materials which have been mailed or so shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce, including by computer, if-(i) the producing of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; and (ii) such visual depiction is of such conduct; or (4) either-(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the Government of the United States, or in the Indian country as defined in section 1151 of this title, knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, 1 or more books, magazines, periodicals, films, video tapes, or other matter which contain any visual depiction; or (B) knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, 1 or more books, magazines, periodicals, films, video tapes, or other matter which contain any visual depiction that has been mailed, or has been shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce, or which was produced using materials which have been mailed or so shipped or transported, by any means including by computer, if-(i) the producing of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; and (ii) such visual depiction is of such conduct; shall be punished as provided in subsection (b) of this section”.

illecito in disamina, potenziando le misure di tutela dei soggetti più vulnerabili²⁴⁸.

Di seguito la sezione 2252A²⁴⁹ punisce chi consapevolmente facilita il commercio suddetto, chi riceve o distribuisce scientemente materiale illecito,

²⁴⁸ SALVADORI, *Possesso di pornografia infantile, accesso a siti pedopornografici, child-grooming e tecniche di anticipazione della tutela penale*, in RUGGIERI, PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del Convegno Como, 21-22 maggio 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 24 ss.

²⁴⁹ 18 U.S. Code, section 2252A (“Certain activities relating to material constituting or containing child pornography”): “a) Any person who—(1) knowingly mails, or transports or ships using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any child pornography; (2) knowingly receives or distributes—(A) any child pornography that has been mailed, or using any means or facility of interstate or foreign commerce shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or (B) any material that contains child pornography that has been mailed, or using any means or facility of interstate or foreign commerce shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; (3) knowingly—(A) reproduces any child pornography for distribution through the mails, or using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or (B) advertises, promotes, presents, distributes, or solicits through the mails, or using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any material or purported material in a manner that reflects the belief, or that is intended to cause another to believe, that the material or purported material is, or contains—(i) an obscene visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; or (ii) a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct; (4) either—(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly sells or possesses with the intent to sell any child pornography; or (B) knowingly sells or possesses with the intent to sell any child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; (5) either—(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography; or (B) knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; (6) knowingly distributes, offers, sends, or provides to a minor any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer generated image or picture, whether made or produced

chi riproduce qualsiasi immagine pornografica al fine di diffonderla tramite posta elettronica oppure utilizzando qualsiasi mezzo o strumento utile al commercio interstatale o estero; la suddetta norma sanziona inoltre chi pubblicizza, promuove, presenta, distribuisce qualsiasi materiale che faccia credere all'utente di essere di fronte ad una rappresentazione di un minore che compie un atto sessuale, attraverso l'uso di *email* o di qualsiasi mezzo o strumento utile al commercio interstatale o estero o in qualsiasi altro modo, compreso il *computer*.

In più, in relazione alla sezione 2252B²⁵⁰ viene sanzionato penalmente chiunque usa consapevolmente un nome di dominio fuorviante, su *internet*, con l'intento di ingannare una persona, al fine di farle visualizzare un materiale che costituisce oscenità, oppure chi con consapevolezza utilizza un nome di

by electronic, mechanical, or other means, where such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct-(A)that has been mailed, shipped, or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; (B) that was produced using materials that have been mailed, shipped, or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or (C) which distribution, offer, sending, or provision is accomplished using the mails or any means or facility of interstate or foreign commerce, for purposes of inducing or persuading a minor to participate in any activity that is illegal; or (7) knowingly produces with intent to distribute, or distributes, by any means, including a computer, in or affecting interstate or foreign commerce, child pornography that is an adapted or modified depiction of an identifiable minor shall be punished as provided in subsection (b)".

²⁵⁰ 18 *U.S. Code, section 2252B*("Misleading domain names on the Internet"): "(a) Whoever knowingly uses a misleading domain name on the Internet with the intent to deceive a person into viewing material constituting obscenity shall be fined under this title or imprisoned not more than 2 years, or both. (b) Whoever knowingly uses a misleading domain name on the Internet with the intent to deceive a minor into viewing material that is harmful to minors on the Internet shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both. (c) For the purposes of this section, a domain name that includes a word or words to indicate the sexual content of the site, such as "sex" or "porn", is not misleading. (d) For the purposes of this section, the term "material that is harmful to minors" means any communication, consisting of nudity, sex, or excretion, that, taken as a whole and with reference to its context-(1) predominantly appeals to a prurient interest of minors; (2) is patently offensive to prevailing standards in the adult community as a whole with respect to what is suitable material for minors; and (3) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value for minors. (e) For the purposes of subsection (d), the term "sex" means acts of masturbation, sexual intercourse, or physical contact with a person's genitals, or the condition of human male or female genitals when in a state of sexual stimulation or arousal".

dominio fuorviante in *internet* con l'intenzione di ingannare un minore per fargli visualizzare dati dannosi per lo stesso. Per una completa comprensione della portata della norma in discorso si osserva che non è fuorviante il nome di dominio che include la parola “sesso” o “porno”. Inoltre, per “materiale dannoso per i minori” si intende qualsiasi documento riguardante la nudità o attività sessuale che superi, anche leggermente, gli *standards* tipici dei materiali adatti ai minori.

Ai sensi della sezione 2257²⁵¹ è perseguibile penalmente chi produce qualsiasi libro, rivista, periodici, film, videocassette, immagini digitali,

²⁵¹ 18 U.S. Code, section 2257 (“Record keeping requirements”): “(a) Whoever produces any book, magazine, periodical, film, videotape, digital image, digitally- or computer-manipulated image of an actual human being, picture, or other matter which-(1) contains one or more visual depictions made after November 1, 1990 of actual sexually explicit conduct; and (2) is produced in whole or in part with materials which have been mailed or shipped in interstate or foreign commerce, or is shipped or transported or is intended for shipment or transportation in interstate or foreign commerce; shall create and maintain individually identifiable records pertaining to every performer portrayed in such a visual depiction.(b) Any person to whom subsection (a) applies shall, with respect to every performer portrayed in a visual depiction of actual sexually explicit conduct-(1) ascertain, by examination of an identification document containing such information, the performer’s name and date of birth, and require the performer to provide such other indicia of his or her identity as may be prescribed by regulations;

(2) ascertain any name, other than the performer’s present and correct name, ever used by the performer including maiden name, alias, nickname, stage, or professional name; and (3) record in the records required by subsection (a) the information required by paragraphs (1) and (2) of this subsection and such other identifying information as may be prescribed by regulation.(c) Any person to whom subsection (a) applies shall maintain the records required by this section at his business premises, or at such other place as the Attorney General may by regulation prescribe and shall make such records available to the Attorney General for inspection at all reasonable times. (d) (1) No information or evidence obtained from records required to be created or maintained by this section shall, except as provided in this section, directly or indirectly, be used as evidence against any person with respect to any violation of law.(2) Paragraph (1) of this subsection shall not preclude the use of such information or evidence in a prosecution or other action for a violation of this chapter or chapter 71, or for a violation of any applicable provision of law with respect to the furnishing of false information. (e) (1) Any person to whom subsection (a) applies shall cause to be affixed to every copy of any matter described in paragraph (1) of subsection (a) of this section, in such manner and in such form as the Attorney General shall by regulations prescribe, a statement describing where the records required by this section with respect to all performers depicted in that copy of the matter may be located. In this paragraph, the term “copy” includes every page of a website on which matter described in subsection (a) appears. (2) If the person to whom subsection (a) of this section applies is an organization the statement required by this subsection shall include the name, title, and business address of the individual employed by such organization responsible for maintaining the records required by this section. (f) It shall be unlawful-(1) for any person to whom subsection (a) applies to fail to create or maintain the records as required

immagini digitali ritoccate di un essere umano reale. L'intento della disposizione è di tipo preventivo, infatti sancisce l'obbligo per coloro che producono materiale pornografico di accertarsi dell'identità e dell'età precisa degli attori e registrare queste informazioni in un registro previsto dalla legge.

In chiusura, la sezione 2260²⁵² vieta a qualsiasi soggetto che si trova al di fuori degli Stati Uniti di produrre, ricevere, trasportare, spedire o distribuire materiale illecito a danno di minori con l'intento di importare o trasmettere la rappresentazione negli Stati Uniti.

È importante notare che il *reo* è punibile non solo in base alla legge federale, ma anche a quelle statali, congiuntamente o disgiuntamente.

by subsections (a) and (c) or by any regulation promulgated under this section; (2) for any person to whom subsection (a) applies knowingly to make any false entry in or knowingly to fail to make an appropriate entry in, any record required by subsection (b) of this section or any regulation promulgated under this section; (3) for any person to whom subsection (a) applies knowingly to fail to comply with the provisions of subsection (e) or any regulation promulgated pursuant to that subsection; (4) for any person knowingly to sell or otherwise transfer, or offer for sale or transfer, any book, magazine, periodical, film, video, or other matter, produce in whole or in part with materials which have been mailed or shipped in interstate or foreign commerce or which is intended for shipment in interstate or foreign commerce, which-(A) contains one or more visual depictions made after the effective date of this subsection of actual sexually explicit conduct; and (B) is produced in whole or in part with materials which have been mailed or shipped in interstate or foreign commerce, or is shipped or transported or is intended for shipment or transportation in interstate or foreign commerce; which does not have affixed thereto, in a manner prescribed as set forth in subsection (e)(1), a statement describing where the records required by this section may be located, but such person shall have no duty to determine the accuracy of the contents of the statement or the records required to be kept;

²⁵² 18 U.S. Code, section 2260 (“Production of sexually explicit depictions of a minor for importation into the United States”): “(a)Use of Minor. - A person who, outside the United States, employs, uses, persuades, induces, entices, or coerces any minor to engage in, or who has a minor assist any other person to engage in, or who transports any minor with the intent that the minor engage in any sexually explicit conduct for the purpose of producing any visual depiction of such conduct or for the purpose of transmitting a live visual depiction of such conduct, intending that the visual depiction will be imported or transmitted into the United States or into waters within 12 miles of the coast of the United States, shall be punished as provided in subsection (c). (b)Use of Visual Depiction.-A person who, outside the United States, knowingly receives, transports, ships, distributes, sells, or possesses with intent to transport, ship, sell, or distribute any visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct (if the production of the visual depiction involved the use of a minor engaging in sexually explicit conduct), intending that the visual depiction will be imported into the United States or into waters within a distance of 12 miles of the coast of the United States, shall be punished as provided in subsection(c)”

2.2.1. Esempio di strategie di contrasto.

*CEOS*²⁵³ lavora per sradicare la produzione, la distribuzione e il possesso della pornografia infantile. Gli avvocati del *CEOS* lavorano con l'unità di indagine *High Technology Investigation (HTIU)*, con l'Ufficio federale di indagine (*FBI*), con gli avvocati statunitensi in tutto il paese e col *National Center for Missing & Exploited Children (NCMEC)* per contrastare vigorosamente questo crescente fenomeno indagando e perseguendo gli autori del reato di *child pornography*. *CEOS* progetta, implementa e sostiene anche strategie di applicazione della legge, proposte legislative e iniziative politiche in materia di leggi federali in materia del reato in questione²⁵⁴.

2.3. Child grooming e la legislazione federale.

All'interno del Titolo XVIII del Codice degli Stati Uniti viene sanzionato il soggetto agente che commette il reato di *child grooming*. Infatti la sezione 2422²⁵⁵ stabilisce che viene punito, con la reclusione non inferiore a dieci anni o per la vita, chi consapevolmente persuade, induce, adesca o compie atti di coercizione nei confronti di un individuo che non ha raggiunto ancora i diciotto

²⁵³ *Child Exploitation and Obscenity Section*.

²⁵⁴ “*Child pornography*” in <https://www.justice.gov/criminal-ceos/child-pornography>.

²⁵⁵ *18 U.S. Code, section 2422, (b)* (“Coercion and enticement”): “Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual who has not attained the age of 18 years, to engage in prostitution or any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life”.

anni per far sì che quest'ultimo si prostituisca o compia un atto sessuale e sanziona anche chi tenta di fare quanto precedentemente definito.

2.4. Internet Service Provider: vari tentativi di regolamentazione.

Un primo approccio, ad opera del Congresso, all'argomento inerente agli *Internet Service Provider* e al controllo degli stessi sui dati immessi sul *web* si rinviene nel *Telecommunication Act (TLA)* del 1996, firmato dall'allora presidente Clinton l'8 febbraio 1996, in cui viene inserito il testo modificato del *Communication Decency Act*. Tale disegno di legge era stato presentato al Senato il 1 febbraio 1995 dal deputato Exxon e da altri. Il titolo V del *TLA*, avente il titolo di "*Obscenity and Violence*", prevedeva un sottotitolo "*Communication Decency Act of 1996*": la sezione 223, n. 2, lett. d), prevedeva la pena di una multa sino a duecentocinquantamila dollari o la pena detentiva fino a due anni, o pena congiunta, per chi, consapevolmente, nelle comunicazioni interstatali o in quelle con l'estero, avesse inviato ad un minore di età inferiore ad anni diciotto contenuti osceni, ossia immagini od ogni tipo di comunicazione relativi ad attività sessuali mediante un sistema informatico e interattivo. L'applicazione di tale legge è stata sospesa mediante il provvedimento del giudice Buckwalter, facente capo alla Court of Appeals del Terzo Circuito della Pennsylvania, di "temporary restraining order" in data 15 febbraio 1996, in seguito alla questione di costituzionalità sollevata da parte di talune associazioni private.

Successivamente la stessa Corte si è trovata a decidere sulle cause promosse da associazione quali l'*American Civil Liberties Union* ed altre nei confronti dell'*US Department of Justice*, e in merito ha pronunciato una sentenza in cui ha confermato l'illegittimità costituzionale delle previsioni legislative del suddetto Atto, relative alla comminazione delle sanzioni verso chi avesse

diffuso od agevolato la circolazione delle comunicazioni destinate a minori, qualora fossero state considerate oscene. Degna di nota è la motivazione della sentenza della Corte Suprema²⁵⁶ in seguito al ricorso del Ministro federale della giustizia: essa si sofferma sull'incompatibilità delle disposizioni in questione con la libertà di manifestazione sancita nel Primo Emendamento²⁵⁷. Quest'ultimo statuisce che il Congresso non potrà fare alcuna legge che stabilisca una religione di Stato o che proibisca il libero esercizio di una religione; o che limiti la libertà di parola o di stampa; o il diritto del popolo di riunirsi pacificamente, e di rivolgere petizioni al governo per la riparazione di torti.

In seguito a questa vicenda il Congresso ha approvato nel 1999 il *Child Online Protection Act*, riprendendo le previsioni normative, dichiarate illegittime costituzionalmente, del *Communication Decency Act*. La nuova sezione 231, intitolata "Restrizione all'accesso da parte del minore al materiale distribuito commercialmente mediante il *World Wide Web*, che sia pregiudizievole per i minori" puniva con pena pecuniaria fino ad un massimo di cinquantamila dollari e/o con la detenzione fino a sei mesi chi, consapevolmente e conoscendo il contenuto illecito, effettuava una comunicazione a fini commerciali definita come pregiudizievole per i minori ed accessibile agli stessi, attraverso il *web* nel commercio interstatale od estero. La legge in questione si poneva in una posizione garantista verso gli *ISP* i quali rimanevano esenti da ogni responsabilità qualora, in buona fede, si fossero prodigati a restringere l'accesso ai minori, attraverso meccanismi precauzionali, quali la richiesta degli estremi di una carta credito, di un codice di accesso per

²⁵⁶ Corte Suprema, *USA*, sent. n. 96.511 del 26 giugno 1997 (7 giudici favorevoli, 2 contrari). Si veda il testo della sentenza nel sito www.aclu.org e la traduzione di Cucinotta, in *Foro It.*, Parte IV-2, 1998 p. 23 ss.

²⁵⁷ FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 124 ss; HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Cedam, Padova, 2007, p. 164 ss.

adulti o di qualsiasi mezzo identificativo personale tale da poter accertare l'età degli utenti. Pertanto, onde evitare una nuova dichiarazione di incompatibilità con il Primo emendamento della Costituzione statunitense, il Congresso ha definito il termine pregiudizievole per un minore: esso corrisponde a qualunque rappresentazione o comunicazione avente contenuto osceno, tale da provocare i sensi di un soggetto, quale quello non ancora adulto; ad un atto od un comportamento sessuale, sia esso reale o simulato, tale da scioccare un minore; ed infine si riferisce a contenuti privi di valore letterario, politico o scientifico relativamente ai minori. Anche tale legge è stata oggetto di giudizio della Corte Suprema, ed anche in questo caso la stessa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'Atto rispetto al Primo emendamento.

L'attuale riferimento normativo da tenere in considerazione per quanto riguarda la responsabilità dell'ISP è quello della sezione 230 del *Communications Decency Act*: "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" (*Title 47 U.S.C., section 230*). La sezione in questione stabilisce, per quanto riguarda la sola responsabilità civile, una quasi totale irresponsabilità del fornitore di servizi, purchè sia in buona fede. Inoltre definisce anche al punto f), par. 3 i fornitori destinatari delle disposizioni in materia: *in primis* per fornitore di contenuti informativi si intende qualsiasi persona o entità responsabile, in tutto o in parte, per la creazione o lo sviluppo di informazioni fornite tramite *internet* o qualsiasi altro servizio informatico interattivo. Invece, il par. 4 statuisce che è fornitore del *software* di accesso il fornitore di *software*, compreso il *software client* o *server* o abilitazione di strumenti, che esegue una o più delle seguenti azioni:

1. filtrare, visualizzare, consentire o impedire il contenuto;
2. scegliere, analizzare o rifiutare il contenuto; o

3. trasmettere, ricevere, visualizzare, inoltrare, memorizzare, eseguire ricerche, organizzare, riorganizzare o tradurre i contenuti”.

Si osserva che tale precetto è dunque deputato solo a stabilire la responsabilità civile del *provider* e non quella penale²⁵⁸. Per giunta non si rinvencono casi riguardanti il rimprovero penale verso i fornitori di servizi, con l'unica eccezione del procedimento penale riguardante l'*host provider* Megaupload ed i suoi amministratori. L'accusa verteva sull'aver caricato e diffuso più volte materiale coperto da diritto d'autore, ai sensi della sezione 371 del *Title 18* dello *U.S. Code*, a titolo di concorso criminioso con gli utenti del sito.

2.4.1. Le tipologie di responsabilità penale del provider.

Negli Stati Uniti il *provider* assume un ruolo di notevole importanza, anche in virtù delle dimensioni delle organizzazioni stesse che detengono il controllo sui dati in innumerevoli Stati, anche europei. Il diritto americano prende in esame tre tipi di responsabilità dell'*ISP*: la prima tipologia è definita come *direct liability* e si configura quando il soggetto abbia direttamente commesso il reato; la seconda, invece, è a titolo di concorso colposo (*contributory liability*), e cioè il *reo* è a conoscenza (*actual knowledge*) della violazione e dà in qualche modo il suo contributo al fine della realizzazione; infine la *vicarious liability* consiste nella responsabilità indiretta configurabile nell'ipotesi in cui un soggetto non adempia al dovere di controllare le azioni di terzi e qualora, dalla consumazione del fatto criminioso, il fornitore di servizi

²⁵⁸ 47 *U.S. Code*, section 230, punto e), par. 1: “Effect on other laws”: (1) “No effect on criminal law”. Nothing in this section shall be construed to impair the enforcement of section 223 or 231 of this title, chapter 71 (relating to obscenity) or 110 (relating to sexual exploitation of children) of title 18, or any other Federal criminal statute”.

tragga un qualche vantaggio economico, a prescindere dalla conoscenza o meno del comportamento dell'*uploader* contrario alle leggi.

Riguardo al possibile rimprovero penale rivolto al fornitore di servizi si aggiunge che egli può essere destinatario delle conseguenti sanzioni anche in base allo schema c.d. *conspiracy*. Quest'ultimo consiste in un istituto tipico del *common law*, ove tra il soggetto agente e i compartecipi vige un accordo, ossia quello di realizzare una fattispecie criminosa. In definitiva, il diritto americano, e più in generale quello di *common law*, conosce come reati preparatori (*preliminary or inchoate offences*), l'istigazione (*incitement*), il tentativo (*attempt*) e l'accordo (*conspiracy*).

2.4.2. ISP: la preminente responsabilità civile.

Le varie Corti degli Stati Uniti non si sono molto concentrati ad analizzare l'aspetto della responsabilità del *provider* dal punto di vista penalistico, quanto piuttosto hanno posto l'attenzione sul rimprovero al fornitore in materia civilistica.

Relativamente alla responsabilità civile ed ai principi di *common law* vigenti in tale ambito, l'autore del reato è definito *speaker*, poi vi sono altri soggetti, i quali risponderanno di fronte al giudice in base all'attività svolta, che partecipano alla diffusione del materiale incriminato del primo e sono: il *publisher*, il *distributor* e il *conduit*. Il *publisher* ha la possibilità di controllare il contenuto pubblicato e pertanto, nell'ipotesi di omessa controllo, si applicherà il regime meno favorevole destinato allo *speaker*. Mentre, in relazione al *distributor* il grado di responsabilità è sicuramente di minor rilievo: infatti lo stesso si occupa della diffusione del prodotto già immesso nel mercato e dunque sarà ritenuto destinatario di sanzioni solo qualora si accerti la sua conoscenza in

merito al carattere illecito oppure la facilità nel comprendere la natura dei dati diffusi. Di conseguenza si può affermare che la tipologia di *provider* in esame non sarà obbligato a controllare il contenuto dei dati illeciti, quanto piuttosto sarà ritenuto responsabile solo civilmente qualora si dimostri la sua effettiva conoscenza, in conformità con il principio del c.d. *know or have reason to know standard*. Infine il *conduit* si identifica con il soggetto addetto alla trasmissione dei contenuti e sarà a lui applicato il regime maggiormente favorevole del *distributor*, con l'ulteriore vantaggio di essere ritenuto non responsabile se dimostra di avere un qualche obbligo verso il pubblico di accettare e trasmettere messaggi²⁵⁹.

3. Casi giurisprudenziali²⁶⁰: legge per o contro i minori?

In questo paragrafo si vuole affrontare un aspetto interessante che le Corti Statali si sono trovate più volte ad esaminare: si tratta della criminalizzazione di condotte di minori che vengono punite come pornografia minorile. Un caso emblematico è quello del 2007 “A.H. v. Stato della Florida”. La ricostruzione del fatto riguarda la sedicenne A.H. ed il fidanzato diciassettenne: la ragazza ha scattato delle foto durante un rapporto sessuale tra i due inviandole dal *personal computer* al ragazzo. Per tal ragione entrambi sono stati incriminati per aver “prodotto, diretto o promosso fotografie o rappresentazioni di comportamenti sessuali di minori”. A.H. ha così proposto ricorso alla Corte d’Appello della Florida per la violazione della *privacy* subita. Il ricorso viene respinto, ma il giudice dissenziente Padovano sottolinea l’inappropriato utilizzo delle leggi

²⁵⁹ BOSSAN, *Gli intermediari di internet nel sistema penale francese*, in LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, p.195 ss.

²⁶⁰ SHARIFF, *Sexting e Cyberbullismo. Quali limiti per i ragazzi sempre connessi?*, Edra, Milano, 2016, p. 78 ss.

sulla pornografia minorile per punire gli stessi minorenni, in quanto questi dovrebbero essere per giunta protetti dal diritto costituzionale alla *privacy*.

Inoltre il diritto penale americano richiede che l'accusa di comportamenti sanzionabili, secondo le leggi in materia di pornografia minorile, sia fondata su due condizioni coesistenti: l'*actus reus* e *mens rea*, rispettivamente che l'atto sia stato commesso e che sussista l'intento criminale²⁶¹. Nel caso su enunciato l'intenzione di condividere le foto con terzi non è verificata, pertanto mancherebbe un presupposto imprescindibile ai fini della condanna. Della stessa opinione del giudice Padovano è il giudice della Udienze Comuni della Pennsylvania Steinberg, il quale in un caso risalente al 2012 che ha visto C.S., un'adolescente, accusata di aver postato sulla sua pagina *Facebook* un video che mostrava un rapporto sessuale consensuale tra altri due *teenager*. Il giudice ha respinto l'accusa in quanto i soggetti colpevoli di reati di pornografia minorile sono considerati maniaci e adescatori sessuali e in questo caso non si ravvisa la coincidenza di tali prerogative con le caratteristiche morali e mentali della ragazza sottoposto al procedimento.

4. Civil Law: la Francia.

Così come introdotto l'argomento in merito alla legislazione statunitense, allo stesso modo appare utile fornire qualche informazione generale sull'ordinamento, in campo penale, in Francia. Il codice attuale è figlio del *Code Napoléon* del 1810, in vigore fino al 1994 seppur con le dovute modifiche apportate negli anni Settanta. Il testo odierno è entrato in vigore nel 1995. Tuttavia giova precisare che già nel 1992 sono state emanate quattro leggi, tre inerenti alla riforma della parte speciale ed una sui reati e delitti contro le

²⁶¹ SHARIFF, *op. cit.*, p. 78.

persone. A proposito di queste ultime fattispecie criminose, esse sono il fulcro della legislazione francese in materia penale e sono tutte inserite nella parte speciale del codice, a sua volta costituita da quarantaquattro sezioni in cui sono descritti centottantuno fatti illeciti. Si potrebbe paragonare il codice francese alla figura retorica del climax ascendente, in quanto vi è una progressione in base a cui il legislatore ha posto l'accento sulla protezione dell'essere umano e del bene supremo della vita²⁶². E' talmente preponderante la tutela dell'individuo, rispetto a quella degli altri beni giuridici, da definire il nuovo codice penale come il "Codice penale dei diritti dell'uomo"²⁶³.

4.1. La tutela dei minori nel cyberspazio e il diritto comune.

All'interno del Libro II ("Crimes et délits contre les personnes") si inseriscono i reati di interesse.

Per quanto riguarda la pornografia minorile si deve far riferimento all'art.227-23²⁶⁴, così come modificato dall'art. 5 della *Loi* n.711 del 5 agosto

²⁶² FORTI, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale, in Picotti (a cura di), Quaderni per la riforma del Codice Penale. Tutela della persona e nuove tecnologie, Cedam, Padova, 2013, p.448 ss*

²⁶³ PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato, cit., p. 123.*

²⁶⁴ Art. 227-23 *Code Pénal*, Libro II ("Des crimes et délits contre les personnes"), Titolo II ("Des atteintes à la personne humaine"), Capitolo VII ("Des atteintes aux mineurs et à la famille"), Sezione 5 ("De la mise en péril des mineurs"): " Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation. (II) Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines. (III) Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques. (IV) Le fait de consulter habituellement ou en contrepartie d'un paiement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, d'acquérir ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. (V) Les infractions

2013: viene prescritta la sanzione penale per chi produce, trasmette, offre, rende disponibile, diffonde, importa od esporta l'immagine o la rappresentazione pornografica di un minore ed anche chi detiene o visualizza abitualmente il materiale illecito. Ai fini della sussumibilità della fattispecie concreta in quella astratta occorre il concorso di due condizioni: la prima è l'età della vittima, la quale deve avere un'età inferiore di anni diciotto, o che perlomeno appare tale, e l'altra è il carattere pornografico della raffigurazione oggetto dell'incriminazione. Da notare è che il legislatore francese si è attenuto fortemente alle direttive europee in particolare alla decisione quadro 2004/68/GAI, punendo così anche la pornografia apparente, ossia la raffigurazione di adulti reali che per le sembianze fisiche sembrano minori²⁶⁵ (227-23, ultimo comma del *Code Pénal*).

Invece in riferimento al *child grooming* si menziona l'art. 227-22²⁶⁶ introdotto con dall'art. 35 della *Loi* n. 297 del 5 marzo 2007, relativa alla prevenzione della delinquenza²⁶⁷: esso prevede l'irrogazione della sanzione

prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée. (VI)La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines. (VII)Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image”.

²⁶⁵TRINCI, *Introduzione ad uno studio “aggregato” dei delitti contro la libertà sessuale*, in TOVANI, TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, cit., p. 24 ss.

²⁶⁶ Art. 227-22 *Code Pénal*, Libro II (“Des crimes et délits contre les personnes”), Titolo II (“Des atteintes à la personne humaine”), Capitolo VII (“Des atteintes aux mineurs et à la famille”), Sezione 5 (“De la mise en péril des mineurs”): “Le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. (II)Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque les propositions ont été suivies d'une rencontre.

²⁶⁷ Il delitto introdotto vuole prevenire “les comportements pédophiles sur Internet (...) en dissuadant toute personne majeure d'utiliser un moyen de communication électronique pour identifier et contacter en mineur de quinze ans aux fins d'abuser sexuellement de lui”, Robert A. G., “Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique”, in *Juris Classeur, Pénal Code*, Fasc. 20, 05, 2009, p. 2.

qualora un maggiorenne rivolga proposte sessuali ad un minore di quindici anni, o ad una persona che si presenta come tale, utilizzando mezzi di comunicazione elettronica. Inoltre il secondo ed ultimo comma prevede l'aggravante nel caso dell'avvenuto incontro in seguito alle suddette proposte. Anche in tale ipotesi si nota un'anticipazione della tutela penale, sintomo di un'esigenza forte di contrastare il fenomeno criminoso in disamina, o quantomeno cercare di far desistere il soggetto agente a tenere una condotta che implichi il contatto fisico con la vittima.

4.1.1. Esempi di strategie di contrasto.

Nel sistema francese si riscontra una grande attenzione all'essere umano e pertanto vi è altrettanta concentrazione sulle modalità per contrastare atti tesi ad offendere ogni individuo e soprattutto i più deboli.

In particolare si citano: le *réquisitions* telematiche o informatiche. Esse consistono in un istituto che permette al Procuratore della Repubblica o, su sua autorizzazione, all'ufficiale di polizia giudiziaria di richiedere ad un soggetto od organizzazione, siano essi privati o pubblici, di fornire i dati a lui necessari, senza possibilità di opposizione alla sua richiesta, salvo legittimi motivi; le perquisizioni informatiche; le intercettazioni delle comunicazioni elettroniche; e le pratiche di *infiltration policière*. In relazione a queste ultime si evidenzia che legge inerente la prevenzione della delinquenza²⁶⁸, ha infatti esteso

²⁶⁸ La concreta attuazione di queste modalità deterrenti è avvenuta con l'*arrêté* del 30 marzo 2009 "Répression de certaines formes de criminalité informatique et à la lutte contre la pédopornographie": si è così disciplinata la materia specificando i soggetti e gli uffici di polizia competenti a svolgere tale tipo di indagini e indicando, altresì, la formazione e le abilitazioni.

l'applicazione delle operazioni *undercover* alle indagini per i delitti in esame, qualora siano commessi mediante un strumento elettronico.

Si noti che il concetto di detenzione assume un significato più ampio rispetto a quello civilistico. Infatti sarà punibile a norma dell'art. 227-23 anche chi non mantiene la disponibilità del materiale, in quanto è custodito da un terzo²⁶⁹.

Inoltre anche in Francia, oltre che negli *USA*, risulta rilevante penalmente, in seguito alla riforma del 2007, il mero accesso così come disposto: “chiunque consulta abitualmente pagine *web*, che mettono a disposizione materiale pedopornografico”²⁷⁰, esigenza poi confermata dalla stessa Convenzione di Lanzarote, nell'art. 20, par. 1, lett. f)²⁷¹.

4.2. ISP: tra il civile e il penale.

Innanzitutto, per un'analisi completa, occorre porgere lo sguardo non solo al diritto comune, ma anche alle leggi *extra codicem*, che tra l'altro sono anche le più attente alla definizione delle singole situazioni giuridiche.

All'interno di questo assetto normativo si possono identificare i soggetti intermediari tecnici come coloro che hanno un ruolo nell'immissioni e nella diffusione di dati, sia leciti che illeciti. All'interno degli stessi si individuano tre categorie: gli operatori in comunicazioni elettroniche, i fornitori di accesso *internet* e gli *host provider*. I primi vengono disciplinati dall'art. L32, comma

²⁶⁹ TIRELLI, *La répression pénal des consommateurs de pédopornographie à l'heure de l'Internet*, Schulthess, Ginevra, 2008.

²⁷⁰ Art. 227-23, comma 5: “Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende”.

²⁷¹ Art. 20, comma 1, lett. f) prescrive che gli Stati aderenti debbano prevedere le misure per prevedere come fattispecie penale anche “l'accedere, con cognizione di causa e mediante l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a materiale pedopornografico”.

15, del “Code des postes et des communications électroniques” (*CPCE*). Essi assicurano la trasmissione dei contenuti ed effettuano il *back-up* automatico dei dati per facilitare la diffusione degli stessi (c.d. attività di *caching*). Dunque corrispondono a canali di trasmissioni di contenuti, dei quali non possono conoscere il contenuto. Spesso gli intermediari succitati svolgono la funzione anche di fornitori di accesso *internet* e di *hosting*. Per quanto riguarda i primi si deve far riferimento alla *LCEN*²⁷², secondo cui, ai sensi dell’art. 6.I.1°, essi offrono strumenti di connessione *online*. Tale attività, così come detto già per la precedente, presume un ruolo di neutralità che comporta una sorta di “presunzione” di irresponsabilità penale degli operatori tecnici e dei fornitori di accesso, come testimoniato dal dettato dell’art. L32-3-3- del *CPCE*. Ciononostante tale assenza di rimprovero non è incondizionata. Infatti, qualora essi siano all’origine della domanda di trasmissione, qualora abbiano selezionato il soggetto utente o qualora abbiano agito sui dati immessi dall’*uploader*, potranno rispondere in qualità di autori del reato o a titolo di concorso con gli utenti.

Per quanto concerne, invece, l’attività di *back-up* degli operatori di comunicazioni elettroniche, essi potranno essere destinatari di sanzioni qualora abbiano operato sui dati immessi, oppure qualora svolgono la loro funzione non conformemente alle condizioni di accesso o alle norme di uso dell’aggiornamento dei dati o ancora qualora non abbiano provveduto alla rimozione in seguito all’ordine dell’autorità giudiziarie o, ancora, qualora siano venuti a conoscenza della rimozione dalla rete dei dati illeciti o sia inibito l’accesso a tali contenuti, secondo quanto disposto dall’art. L32-3-4, comma 2 del *CPCE*.

²⁷² L’acronimo sta per “Loi pour la confiance dans l’économie numérique”. Legge n° 575 del 21 giugno 2004.

In relazione all' *host provider* invece, si menziona l'art. 6.I.2° della *LCEN*²⁷³, che definisce l'*ISP* in questione come persona fisica o giuridica che, anche titolo gratuito, immagazzina dati, siano essi segnali, testi, immagini, suoni, messaggi di qualunque tipologia prodotti dagli utenti. Per quanto riguarda la responsabilità dell'*host provider*, attualmente vi è una controtendenza rispetto il passato: infatti in precedenza la Corte aveva asserito la possibilità e quasi l'obbligatorietà di un controllo sui contenuti immessi, ora invece si sottolinea "l'assenza di conoscenza e di controllo sui dati"²⁷⁴, tra l'altro lo stesso dettato dalla norma summenzionata contempla esclusivamente la responsabilità civile e non quella penale. L'unica eccezione in cui il *provider* può essere perseguibile penalmente è nell'ipotesi in cui si accerti la conoscenza dell'illiceità del contenuto grazie la procedura di segnalazione c.d. *notice and take down*. Qualora l'*host provider* sia destinatario di tale segnalazione si ritiene che abbia conoscenza effettiva dei dati illeciti e pertanto deve rimuovere quanto viene considerato *contra legem*. Su quest'ultimo punto, inoltre, si chiarisce che nel caso in cui la segnalazione provenga da autorità giudiziaria il fornitore di servizi in discorso è tenuto ad attivarsi senza ritardo, se invece proviene da un altro soggetto può opporvisi, seppur solamente se il contenuto non sia manifestamente illecito. In questo senso, quindi, il *provider* che svolge la funzione di *hosting* sarà sicuramente ritenuto responsabile civilmente in base al dettato dell'art. 1382 del codice civile francese qualora non si adoperi alla rimozione del contenuto illecito, di converso sarà ritenuto responsabile penalmente, sulla base del diritto penale comune qualora le fattispecie criminose presuppongano la disponibilità dell'oggetto del reato in una data disposizione legislativa, come

²⁷³ Art. 6.I.2° della *LCEN*: "Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible".

²⁷⁴ Cfr. Cass. 1ère civ. 17 febbraio 2011, *pourvoi* n. 09-13202.

nell'ipotesi della disponibilità di materiale pornografico raffigurante minori, ai sensi dell'art. 227-23 del *Code Pénal*.

Discorso interessante risulta essere l'eventuale responsabilità penale di tipo omissivo da imputare all'*host provider*. A tal proposito, si badi che il sistema francese non contempla alcuna norma assimilabile all'art. 40, comma 2 del codice penale italiano: infatti, per la repressione dei reati omissivi impropri occorre, l'espressa previsione nelle singole fattispecie di parte speciale. Inoltre il legislatore francese amplia il novero dei reati omissivi propri e al contempo riconduce la punibilità per omesso impedimento dell'evento ad alcuni reati colposi²⁷⁵, con lo scopo di sopperire alla lacuna normativa succitata. Oltretutto, ulteriore argomento spinoso è il tema del concorso di persone nel reato o, detto meglio, l'addebito del rimprovero penale al *provider* a titolo di concorso con l'*uploader*. La disciplina del concorso di persone nel reato è rimasta invariata rispetto a quella del codice napoleonico: l'art. 121-7 del nuovo codice stabilisce che:

“1. E' complice di un crimine o di un delitto²⁷⁶ la persona che volontariamente, con aiuto o assistenza, ne ha facilitato la preparazione o la consumazione.

2. E' ugualmente complice la persona che con dono, promessa, minaccia, ordine, abuso di autorità o di potere abbia indotto a commettere un reato oppure abbia dato istruzioni per commetterlo”.

²⁷⁵ PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 128 ss.

²⁷⁶ Si consideri che il sistema penale francese suddivide i fatti perseguibili in crimini, delitti e contravvenzioni, in base alla lettera dell'art. 111-1 del *Code Pénal*. Si sottolinea che esistono due tipologie di colpa: quella ordinaria e quella qualificata. La prima consiste nella violazione di regole cautelari e di un'attività non conforme agli *standards* di diligenza; la seconda, invece, si inquadra nell'ipotesi in cui la persona fisica non abbia direttamente causato l'evento, ma abbia creato o contribuito a determinare la causa del risultato criminoso oppure non si sia attenuto alle dovute misure da adottare per evitare l'evento stesso.

In definitiva occorrerà dimostrare l'intenzione del *correo (provider)* di aiutare l'utente nella realizzazione del reato o, quantomeno, di voler agevolare la preparazione e la consumazione dello stesso. Ciò appare assai arduo da dimostrare rispetto a soggetti che possono facilmente celarsi dietro l'ignoranza, in quanto derivante dalla, più semplice da sostenere, mancata conoscenza degli accadimenti verificati nel cyberspazio.

Ultimo nodo legislativo da affrontare è quello della responsabilità dell'ente, poiché per *provider* si possono intendere sia persone fisiche che giuridiche. Innanzitutto, l'art. 121-2, introdotto con l'entrata in vigore del nuovo codice, definisce quali persone giuridiche sono soggette alla disciplina descritta e ivi viene escluso, senza eccezioni, lo Stato. Al fine dell'imputabilità o meno della responsabilità di tal genere, risulta necessario verificare il rapporto sussistente tra il fatto e l'ente, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Per quanto concerne il primo è necessario che la persona fisica agente sia un organo o un rappresentante dell'ente stesso; per quanto riguarda, invece, il piano oggettivo, è imprescindibile che il *reo* abbia agito per conto, e quindi nell'interesse, della persona giuridica di appartenenza. Premesso che sono evidenti le uguaglianze tra il sistema italiano e quello in esame, ciò che li differenzia maggiormente risulta riscontrabile nel catalogo dei reati-presupposto: se in Italia si richiede che il soggetto agente commetta uno dei fatti illeciti presenti nella parte speciale del d.lgs. 231/2001, in Francia, a partire dal 31 dicembre 2005, con la Legge “Perben 2”, la responsabilità delle persone giuridiche è generale, poiché non è più indefettibile l'espressa previsione all'interno della norma penale²⁷⁷.

Di seguito, e per concludere la tematica del presente paragrafo, si noti che il sistema francese, così come quello statunitense, predilige la riconducibilità della responsabilità dell'*ISP* all'ambito civilistico rispetto a quello di tipo penale²⁷⁸.

²⁷⁷ PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 137 ss.

²⁷⁸ DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2010.

Questo anche perché si fa leva sul *mare magnum di internet* che è difficile da conoscere *in toto* e da controllare e, per tal motivo, risulta assai complesso dimostrare e giustificare un eventuale addebito penale.

5. La conclusione del “viaggio”.

Giunti al termine di questo viaggio, è bene fare una *summa* di quanto sviluppato per trarre le dovute conclusioni. Si sono affrontati diversi argomenti, a partire dalla nozione di pornografia e pedopornografia, di adescamento e dalle analisi delle varie fattispecie criminose ad essi correlati. Si è posto il problema della responsabilità di chi fornisce i servizi relativi alla rete telematica ed informatica, ossia gli *Internet Service Provider*, che ha permesso di analizzare la responsabilità per la commissione di illeciti amministrativi dipendenti da reato delle persone giuridiche. Infine, si è giunti ad una disamina comparativista, seppur concisa, con gli Stati Uniti d’America e con la Francia. L’*iter* di stesura dell’elaborato è significativo: infatti, i reati ivi trattati hanno radici piuttosto remote; si parla di fatti che, sono stati oggetto della storia greca e latina. De Mause, uno degli studiosi più illustri della storia dell’infanzia, scrive: “la storia dell’infanzia è un incubo dal quale solo di recente abbiamo cominciato a destarci. Più si va addietro nella storia più basso appare il grado di attenzione per il bambino, e più frequentemente tocca a costui la sorte di venire assassinato, abbandonato, picchiato, terrorizzato, e di subire violenze sessuali”²⁷⁹. Dunque “nell’antichità classica il bambino era considerato non un essere con un valore in sé, ma un essere menomato perché mancante delle doti di un adulto. L’infanzia era ritenuta un’età imperfetta e, per questo, era oggetto

²⁷⁹ De Mause, *Storia dell’infanzia*, Emme, Milano, 1983.

di autoritarismo vessatorio e di discipline oppressive”²⁸⁰. Anche nel diritto romano arcaico, il minore era sottoposto e sottomesso ai poteri del “*pater familias*”, il quale poteva decidere della vita dei figli (*ius vitae et necis*) senza alcun tipo di limitazione. Ne consegue che l’antichità era, sicuramente, un terreno fertile per la diffusione del fenomeno dell’abuso sui minori: esso si declinava e si declina in base ai costumi, alle norme morali e sociali. Ad esempio ad Atene vigeva la pratica della pederastia, ossia i cittadini dell’Acropoli consideravano l’amore e l’atto fisico tra un adulto ed un ragazzo in età della pubertà un proficuo canale di propagazione delle leggi, della saggezza e del sapere. Si trattava di una pratica che poneva come unica condizione di liceità il consenso del giovane: ad oggi queste considerazioni risultano inaccettabili, poiché l’abuso su un minore, di ogni tipo, deve essere punito a prescindere dalla volontà della vittima. Tuttavia l’etica e il *discrimen* tra il bene e il male non ha tempo, tant’è che lo stesso Platone si augurò la proibizione *ex lege* degli abusi nei confronti dei minori; ed anche Eschilo ha tenuto a rappresentare tale fenomeno nel suo dramma teatrale “Laio”.

Quanto suesposto dimostra che, anche in quei popoli considerati la culla della cultura, il minore era considerato come merce di scambio ed obbligato a subire ogni tipo di sopruso.

Ad oggi la normativa, fortunatamente, è all’avanguardia, tuttavia l’evoluzione della mentalità rimane la stessa dell’Antichità ancora troppo frequentemente.

Attualmente non sono le leggi a facilitare ed incrementare gli abusi sui minori, quanto piuttosto lo stesso cyberspazio, qualora esso sia incontrollabile ed incontrollato e non regolamentato a sufficienza: come più volte ricordato, il termine *cyberspace* suggerisce un territorio privo di confini, ma è comunque uno spazio, seppur rappresenti un concetto rivisitato da quello classico di *locus*.

²⁸⁰ Fischetti C., *Innocenza violata*, Editori Riuniti, Roma, 1996.

Ad ogni modo è un luogo che come tale è scenario di crimini e che pertanto il legislatore italiano, e non solo, non può sottovalutare. Terrificante è l'attuale "Blue whale challenge" o "gioco del suicidio": si tratta di un gioco nato in Russia, in cui gruppi di soggetti criminali che, operando tramite mezzi informatici e telematici, sottopongono i minori a cinquanta prove di cui l'ultima è il suicidio. Dietro a questo gioco mortale non si può escludere, inoltre, che si nascondano ragioni di sfruttamento sessuale. Il "non luogo" è uno spazio effimero, ove gli utenti sono spesso alla mercè di pericoli non indifferenti, ed i più vulnerabili sono proprio i minorenni. Essi non hanno la consapevolezza di un adulto e sono più agevolmente "adescabili". Per tal ragione, infatti, risulta necessaria l'educazione all'utilizzo dei nuovi strumenti tecnologici; inoltre occorre circoscrivere con più chiarezza la responsabilità penale di chi fornisce, in diverso modo, i servizi che permettono la pubblicazione e la diffusione del materiale illecito. Ciò non significa incriminare gli *ISP* in maniera indiscriminata, in quanto sarebbe incosciente ed inopportuno se si accertasse l'impossibilità di un controllo e di cognizione dei dati immessi, tuttavia si ritiene indispensabile una responsabilizzazione più incisiva degli stessi. Si può giungere a tale risultato solo con una conoscenza e competenza del legislatore delle attività del *provider* ed una maggiore consultazione degli esperti in materia, i quali facciano comprendere i possibili risvolti delle funzioni di tali fornitori. Di certo, la tutela in specie non si può rendere effettiva ed efficace se non sussiste un forte collegamento tra le varie legislazioni statali: per giunta non basta l'omogeneità della normativa all'interno dell'UE, ma essa deve oltrepassare i confini europei. Sicuramente le direttive europee sono state recepite con attenzione dalle varie legislature, ma non sempre interpretate nel modo esatto. Da una parte, quindi, occorrono delle specificazioni da parte dell'UE, dall'altra, invece, una maggior cessione della sovranità statale a favore di una più ampia ed effettiva uniformità tra i vari ordinamenti. Oltretutto, questa disomogeneità risulta di maggior peso se si rivolge lo sguardo verso gli Stati Uniti d'America, in cui si trovano gli *ISP* più potenti al mondo. Di sicuro, non

appare agevole ottenere una sintonia con i Paesi di *common law* e soprattutto con l'America del Nord, ove la materia in esame è codificata in maniera piuttosto confusionaria. Tuttavia, in tutti Paesi ivi esaminati vi è una linea comune: l'irrogazione delle sanzioni civili ai *provider* è sicuramente preminente rispetto a quelle penali. Questo, seppur non sia del tutto compreso, può essere considerato un punto di partenza comune, al fine di stilare delle linee guida osservate dai vari Stati.

Al di là dell'aspetto giuridico la riflessione che porta con sé la trattazione presente è l'insidiosità delle condotte di pornografia minorile o di adescamento minorile e di quelle ad esse correlate: con l'avvento di *internet* questo fenomeno può entrare nelle case di ciascuno senza che il genitore o il tutore se ne accorga. È per tal motivo che, mai come in questo caso, i destinatari di un'adeguata formazione non debbano essere solo i minori, ma anche chi sorveglia su di loro, compresi i membri degli istituti scolastici. La commissione di questi reati influisce sull'intera vita di ognuna delle vittime, una vita che deve ancora essere vissuta; vi è troppa poca attenzione e comprensione intorno a queste circostanze, lacuna che i legislatori statali cercano di colmare con l'anticipazione della tutela, sicuramente strumento di maggiore protezione, ma non bastevole a prevenire un danno irreversibile ai minori.

Il presente elaborato è stato sviluppato con l'intento di dimostrare i passi avanti all'interno del panorama nazionale, europeo ed internazionale, ma anche per evidenziare i difetti di una normativa ancora troppo arretrata rispetto alla continua ed inarrestabile evoluzione della tecnologia e delle tecniche. Pertanto, si conclude con l'auspicio di un'emanazione di una legge italiana *ad hoc* in materia di cyberspazio, sempre con l'accentuata attenzione ad un adeguato coordinamento con gli altri Stati, nonché di un'adozione di strumenti giuridici più moderni che, magari, sfruttino gli stessi canali usati per la commissione dei delitti: ad esempio, il potenziamento dei sistemi di *alert*, atti a segnalare l'immissione di dati illeciti, con la contestuale sensibilizzazione da parte degli

utenti, minori di età ed adulti, ad una più attenta lettura degli *alert* lanciati dal *personal computer*.

Si ritiene opportuno concludere definitivamente con quanto affermato dal Garante della Privacy, Antonello Soro, in occasione della relazione annuale sulle attività del 2016, presentata il 6 giugno 2017 presso Montecitorio e alla presenza del presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, e del presidente della Camera, Laura Boldrini. Il garante della privacy ha lanciato l'allarme web: "La pedopornografia in Rete, e particolarmente nel *dark web*, sarebbe in crescita vertiginosa: nel 2016 sono due milioni le indagini censite, quasi il doppio rispetto all'anno precedente. Fonte involontaria sarebbero i *social network* in cui i genitori postano le immagini dei figli". Un messaggio che ogni persona ha il dovere di cogliere nella sua interezza, al fine di proteggere chi è troppo piccolo od indifeso per autotutelarsi efficacemente.

BIBLIOGRAFIA

ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano, 1984;

AMODIO E., *Vitalità della codificazione nell'esperienza penale postmoderna*, in *Cass. pen.*, 2011, 1976;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003;

APRILE S., *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento dei minori*, Cedam, Padova, 2006;

ARDIZZONE S., *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995;

FORTI G., M. BERTOLINO M., *Scritti per Federico Stella*, II, Giuffrè, Milano, 2007;

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997;

BORRUSO R., RUSSO S., TIBERI C., *L'informatica per il giurista. Dal bit a internet*, III ed., Giuffrè, Milano, 2009;

CADOPPI A., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale della legge contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 2006;

Id., *I reati contro la persona*, vol. III, Utet, Torino, 2006;

CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale dell'economia. Reati fallimentari. Responsabilità dell'ente*, tomo II, Utet, Torino, 2015;

Id., *Trattato di Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, vol. III, 2008;

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, vol. II, Tomo I, 2014;

CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Utet, Torino, 2010;

CARCANO D., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè Milano, 2010;

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009;

COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004;

COLOMBA V., *I diritti nel cyberspazio. Architetture e modelli di regolamentazione. Con un saggio di Lawrence Lessing*, Diabasis, Parma, 2016;

COPPI F., *I reati sessuali. I reati di sfruttamento sessuale dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007;

Id., *I reati sessuali, I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007;

DANEZIS G., CLAYTON R., *Introducing Traffic Analysis, in Digital Privacy: Theory, Technologies, and Practices*, Auerbach Publications, Taylor and Francis Group, New York, 2008;

DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet provider*, Giuffrè, Milano, 2010;

DE CATALDO NEUBURGER L., *La pedofilia. Aspetti sociali, psicogiuridici, normativi e vittimologici*, Cedam, Padova, 1999;

DE FALCO G., *Delitto tentato e profili di responsabilità dell'ente*, in *Rivista231*, 2015;

DE MAUSE L., *Storia dell'infanzia*, Emme, Milano, 1983;

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008;

DI CIOMMO F., *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010;

DOLCINI E., MARINUCCI G., *Codice Penale Commentato*, vol. II, ed. III, Ipsoa, Milano, 2011;

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004;

DRAETTA U., *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Giuffrè, Milano, 2001;

DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 2010;

FACCIOLI M., *Minori nella rete. Pedofilia, pedopornografia, deepweb, social network, sexting, gambling e cyberbullismo nell'era digitale*, Key Editore, 2015;

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979;

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2013;

FISCHETTI C., *Innocenza violata*, Editori Riuniti, Roma, 1996;

FLOR R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Giuffrè, Milano 2010;

FLORA G., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999;

FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padova, 1997;

FROSINI T.E., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008;

GEERDS F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Heitmann, 1961;

GIUSTOZZI C., *La sindrome di Fort Apache. La sicurezza delle informazioni nella società postindustriale*, Monti&Ambrosini, Pescara, 2007;

GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011;

GROCK S.J., *Child pornography*, in www.justice.gov, 2015;

GROCK S.J., *Citizen's guide to U.S. Federal Law on child pornography*, in www.justice.gov, 2015;

GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000;

HELPER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Cedam, Padova, 2007;

HUSTINX P., *The moment of truth for the Data Retention Directive*, in www.uoou.cz, 2010;

LATTANZI G., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010;

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999;

LEVIS M., PERINI A., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014;

LORUSSO S., MANNA A., *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Giuffrè, Milano, 2007;

LUPARIA L., *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2012;

MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, *Ind. Pen.*, 1999;

Id., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. info.*, 2001;

Id., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003;

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, ed. IX, Cedam, 2015;

Id., *Diritto penale, Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, ed. VI, CEDAM, 2016;

Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;

MARANI S., FRANCESCHETTI P., *I reati in materia sessuale*, Giuffrè, Milano, 2006;

MARINI G., LA MONICA L., MAZZA M., *Commentario al codice penale*, Utet, Torino 2002;

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2015;

Id., *Corso di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2001;

Id., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2012;

MASSARO A., TRAPANI M., *Temi Penali*, Giappichelli, Torino, 2013;

NIGRO M., *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e pedopornografia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006;

NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009;

PAGLIARO A., *Concorso di norme (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961;

Id., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1980;

PALAZZO F.C., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005;

PALAZZO F.C., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Giappichelli, Torino, 2013;

PALAZZO F.C., PALIERO C.E., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007;

PASTORELLI L., *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in *Guida dir.*, 2006;

Id., *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006;

PETRINI D., *La responsabilità penale per i reati via internet*, Jovene, Napoli, 2004;

PICOTTI L., *Diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, Giuffrè, Milano, 2012;

Id., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. Proc.*, 1999;

Id., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (l. 6 febbraio 2006, n. 38) (parte seconda)*, in *Stud. Iur.*, 2007;

Id., *La responsabilità penale dei Service Provider in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999;

Id., *Quaderni per la riforma del Codice Penale. Tutela della persona e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2013

Id., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2013;

PICOTTI L., DE STROBEL D., *I tratti essenziali del sistema di responsabilità da "reato" degli enti nel d.lgs. 231/2001 e i suoi riflessi in campo assicurativo*, in *dir. economia assicur.*, 2010;

PICOTTI L., RUGGIERI F., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali processuali*, Giappichelli, Torino, 2011;

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2004;

PITTARO P., *Le norme contro la pedofilia*, A) *Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen., proc.*, 1998;

PIZZETTI F., “*Sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico*” in www.garanteprivacy.it, 2008

POLIFEMO P., *Reati di adescamento e di pornografia in danno di minori commessi con il WEB e fattispecie connesse*, in www.giustizia.lazio.it, 2016;

PULITANO' D., *La responsabilità “da reato” degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2003;

PRESUTTI A., BERNASCONI A., FIORIO C., *La responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2008;

RESTA F., *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2004;

Id., *Pedopornografia on-line. Verso un sistema di tutela a strategia integrata?*, in *Dir. Internet*, 2007, n. 3;

Id., *Vecchie e nuove forme di schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Giuffrè, Milano, 2008;

Id., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, Milano, 2001;

ROBERT A. G., “Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique”, in *Juris Classeur, Pénal Code*, 2009;

ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, ed. IV, 2009, Cedam, Padova;

ROSSELLO C. C., FINOCCHIARO G., TOSI E., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, Giappichelli, Torino, 2003;

RUGGIERO G., *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004;

SANTORO V., *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida dir.*, 1998;

SCHMITT R., *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, in *Z. Str. W.*, 1963;

SEMINARA S., *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997;

Id., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. info.*, 1998;

SERRAINO F., *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005;

SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, Milano, 1988;

SGUBBI F., *Parere pro-veritate*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2009;

SHARIFF S., *Sexting e Cyberbullismo. Quali limiti per i ragazzi sempre connessi?*, Edra, Milano, 2016;

SICURELLA R., *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008;

SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997;

SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961;

SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giur. mer.*, 2004;

STRAMAGLIA M., *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote. Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies)*, Giuffrè, 2013;

STRACUZZI A., *Data retention: il faticoso percorso dell'art. 132 Codice Privacy nella disciplina della conservazione dei dati di traffico*, in *Dir. infor. ed informatica*, 2008;

TIRELLI L.A., *La répression pénal des consommateurs de pédopornographie à l'heure de l'Internet*, Schulthess, Ginevra, 2008;

TOVANI S., TRINCI A., *I delitti contro la libertà sessuale: aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Giappichelli, Torino, 2014;

VASSALLI G., *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958;

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, II ed., Cedam, Padova, 2002;

VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007;

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter Lehrbuch, Berlino 1969;

ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003;

ZENO ZENCOVICH V., *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.*, 1998;

ZICCARDI G., *Etica e informatica*, Pearson, Milano, 2009;