

CARLO SOTIS

## DIRITTO PENALE DELLA RETE E PROSPETTIVA EUROPEA: IL CASO DELLA PEDOPORNOGRAFIA VIRTUALE

**SOMMARIO:** 1. Premessa. — 2. Qualche coordinata di riferimento. — 3. Il caso della pedopornografia virtuale: cosa succede in caso di contrasto tra obbligo di interpretazione comunitariamente conforme e obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme.

### 1. PREMESSA.

Basta un sillogismo per comprendere perché sul terreno del diritto della rete le interferenze tra norme europee e norme penali siano così frequenti.

Il diritto penale riveste, infatti, una dimensione centrale nella regolamentazione di questo settore (*premessa maggiore*). La normativa internazionale, segnatamente quella europea, d'altro canto ha in tema un elevato peso specifico (*premessa minore*). La *conclusione* allora viene da sé: sul terreno del diritto penale della rete le interferenze tra norme europee e norme nazionali sono la situazione tipica<sup>1</sup>.

La peculiarità tuttavia — come ben segnalato nella relazione introduttiva di Antonio Bevere e Vincenzo Zeno Zencovich<sup>2</sup> — è che

\* Il testo riproduce la relazione per il Convegno « Il diritto penale della rete » tenutosi l'8 aprile 2011 presso la Suprema Corte di Cassazione.

<sup>1</sup> Si pensi per fare qualche esempio alla vicenda Google/Vivi Down e all'esclusione della sussistenza di una posizione di garanzia in relazione al delitto di diffamazione a carico dell'*internet provider* stabilita prima di tutto dalla direttiva 2000/31/Ce (cfr. A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in questa *Rivista*, 2009, p. 782 s.), oppure al caso Schwibbert della Corte di giustizia sull'opponibilità del contrassegno SIAE (Corte di giustizia, 8 novembre 2007, *Schwibbert*, C-20/05); su questo caso e anche per afferrare quanto il diritto penale della rete sia permeato con il diritto dell'U-

nione europea si veda la recentissima monografia di R. FIOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti di autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, *passim* e in particolare per quanto concerne la questione del contrassegno SIAE non comunicato v. p. 292 ss. Volendo, per un inquadramento sistematico di questo caso v. C. SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Il corriere del merito. Rassegna monotematica*, 2008, p. 24.

<sup>2</sup> A. BEVERE-V. ZENO-ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme* Sintesi della relazione introduttiva al Seminario di studi « *Il diritto penale della rete* », Roma, 8 aprile 2011. Dattiloscritto.

queste forme di interferenza pongono l'interprete di fronte ad un quadro normativo tipico, ma fisiologicamente complesso. Il « sistema penale europeo » è caratterizzato, infatti, dall'incontro tra il principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea e quello di riserva di legge del diritto penale che determina un universo giuridico paradossale, composto per un verso da norme — quelle europee — prevalenti, ma incompetenti e per altro verso da altre norme — quelle penali nazionali — competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime. Ben si comprende allora che nel settore della rete — dove l'interferenza è la regola — cercare di fare ordine in un sistema delle fonti siffatto diviene cruciale<sup>3</sup>.

Oggetto di questo scritto è la presentazione di una ipotesi di interferenza particolarmente significativa del tipo di problemi che si trova a dovere affrontare il giudice penale. Lo scopo è quello di cercare di offrire, per via induttiva, qualche coordinata utile per la soluzione di questi problemi.

Il caso che ho scelto riguarda il reato di pedopornografia virtuale previsto all'art. 600-*quater*.1. c.p. La norma si presta bene a far vedere questa fisiologica complessità. L'interpretazione di questo delitto, come vedremo, è infatti contesa tra due opposti obblighi superiori di interpretazione. Da una parte l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e, dall'altra, l'obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione. Questo conflitto di doveri interpretativi sembrano porre il giudice penale in un vicolo cieco: in caso di contrasto frontale tra il rispetto della Costituzione e quello dei vincoli comunitari che cosa occorre fare?

## 2. QUALCHE COORDINATA DI RIFERIMENTO.

Prima di esporre il caso occorre offrire i punti di riferimento utili per uscire dall'*impasse*.

Tra i problemi posti dalle interferenze tra norme europee e norme nazionali nella definizione di un giudizio penale uno dei più acuti riguarda, infatti, le ipotesi di conflitti tra principi, rispettivamente, europei e costituzionali.

Nell'attuale grado di evoluzione del sistema penale europeo questa situazione è stata in grande parte stemperata dall'opera della Corte di giustizia che, nel corso degli anni, ha di volta in volta stabilito che determinati principi costituzionali fossero anche principi del diritto dell'Unione. È quanto è avvenuto ad esempio per i principi di irretroattività della norma penale<sup>4</sup> e di divieto di analogia in

<sup>3</sup> Per una proposta di ricostruzione sistematica di questo sistema delle fonti mi sia consentito rinviare a C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul siste-*

*ma penale europeo vigente*, Milano, 2007.

<sup>4</sup> Principio stabilito a partire dal caso Corte di giustizia 10 luglio 1984, causa 63/

materia penale<sup>5</sup>. In questo modo il conflitto tra principi viene eliminato alla radice perché se una determinata norma nazionale, o una sua determinata attribuzione di significato, è imposta da un principio costituzionale, lo sarà anche per il diritto dell'Unione europea, perché il rispetto di quel principio è condizione di legittimità sia per

83, *Regina/Kirk*, in *Raccolta*, p. 2689 *Kirk*. Su tale caso v. per tutti GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. dell'Uomo*, p. 631 ss. Riportiamo qui in nota i fatti che hanno dato luogo al caso perché, a nostro avviso, una vicenda istruttiva del modo attraverso cui i diritti fondamentali entrano a fare parte del diritto comunitario.

L'art. 2 n. 7 del regolamento 101/76 CEE stabiliva il principio secondo cui ciascuno Stato membro garantiva alle navi da pesca, battenti bandiera ed immatricolate in uno qualunque degli Stati membri della Comunità, parità di condizioni di accesso e di sfruttamento dei fondali situati nelle acque su cui lo Stato membro in questione esercitava la propria sovranità o giurisdizione. L'art. 100 n. 1 dell'Atto di adesione del 1972 stabiliva una deroga a questi principi: gli Stati membri erano autorizzati — fino al 31 dicembre 1982 — a limitare l'esercizio della pesca, da parte dei cittadini di altri Stati membri, nelle acque soggette alla loro sovranità o giurisdizione entro un limite fissato a 6 miglia marine dalla costa; l'atto di adesione all'art. 103 inoltre prevedeva che il Consiglio avrebbe dovuto esaminare — entro il 31 dicembre 1982 — le disposizioni sostitutive delle deroghe in vigore sino a tale data. Tuttavia il Consiglio, per comprensibili conflitti politici su una questione di tale importanza, non riusciva ad adottare entro il termine previsto la nuova disciplina derogatoria vi riuscì solo il 25 gennaio 1983 con l'approvazione del regolamento n. 170/83 che istituisce un regime di conservazione e di gestione delle risorse ittiche; l'art. 6 di questo regolamento autorizza retroattivamente — a partire dal 1° gennaio 1983 — il mantenimento in vigore per ulteriori dieci anni del regime derogatorio definito all'art. 100 dell'Atto di adesione, con estensione della zona costiera da 6 a 12 miglia marine.

Di fronte a questo quadro normativo i giudici inglesi si trovavano a giudicare un fatto commesso il 6 gennaio 1983, quindi nell'intervallo di tempo che va dal 1° al 25 gennaio 1983. Mentre la *Magistrates Court di North Shield* (giudice di primo grado) aveva inflitto al capitano *Kirk* (comandante di una nave danese scoperta a

pescare nella zona vietata) una multa di 30.000 sterline, la *Crown Court di New-Castle-upon-Tyne* (giudice d'appello) aveva ritenuto necessario ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla compatibilità alla normativa comunitaria della regolamentazione penalmente sanzionata del Regno Unito. E la Corte, accogliendo la posizione della difesa del capitano *Kirk*, affermò che « il principio della irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza ».

Su tale base la Corte ha affermato che la retroattività prevista nell'art. 6 n. 1 del regolamento n. 170/83 « non può in nessun caso, avere l'effetto di giustificare a posteriori provvedimenti nazionali aventi carattere penale e implicanti sanzioni per un atto che in realtà non era punibile al momento in cui è stato commesso ». A seguire giurisprudenza costante della Corte di giustizia, v., per i richiami giurisprudenziali, G. GRASSO, *La protezione dei diritti*, cit., p. 632; L. FERRARI-BRAVO-F. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dei diritti dell'unione europea*, Milano, 2001, p. 191 ss.

<sup>5</sup> Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-58/02, *Commissione c/ Spagna*. Si trattava di un ricorso in inadempimento ad iniziativa della Commissione, con cui quest'ultima contestava alla Spagna di non avere trasposto la direttiva comunitaria in materia di tutela dei sistemi di accesso alla « *Pay tv* » (Direttiva 98/84 CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato del 20 novembre 1998, scaduta il 28 maggio 2000). In particolare, al fine di reprimere la diffusione e l'uso dei dispositivi illeciti di ricezione della Tv a pagamento (*decoder* manomessi e schede clonate che permettono di vedere la « *pay Tv* » senza pagare il canone), l'art. 4 della direttiva chiede agli Stati membri di vietare tutta una serie di condotte, individuate ad ampio spettro, relative alla fabbricazione, distribuzione, installazione e uso di tali dispositivi illeciti; il successivo art. 5 della direttiva poi, al fine di garanti-

l'ordinamento europeo sia l'ordinamento nazionale. La « base giuridica » (come amano dire i comunitaristi) di questa strategia di armonizzazione tra principi costituzionali nazionali e principi del diritto dell'Unione europea è, come noto a tutti, l'art. 6 del TUE.

Tuttavia, in alcuni casi, gli equilibri in tema di legittimazione che sovrintendono alla formazione dei principi del diritto dell'Unione europea comportano che la Corte di giustizia non possa, o non voglia, affermare che un principio di diritto costituzionale nazionale sia anche un principio del diritto dell'Unione europea. In materia penale è quanto avviene ad esempio con i principi costituzionali di offensività e colpevolezza<sup>6</sup>, che sono principi costituzionali, ma non anche, o perlomeno, non con la stessa intensità, principi del diritto dell'Unione europea. In questi casi però la Corte di giustizia potrà riconoscere che quel principio *pur non essendo principio di diritto dell'Unione, e pur provocando un obiettivo contrasto con la normativa europea*, dovrà comunque essere riconosciuto come legittimo limite al diritto dell'Unione, se tutela interessi che è la Corte stessa a riconoscere come prevalenti nel caso di specie rispetto agli interessi dell'Unione europea.

re l'osservanza di tali divieti, chiede agli Stati membri, con la consueta formula, di adottare « sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate ».

Su questo sfondo la Spagna, in risposta alle accuse di inadempimento avanzate dalla Commissione, sosteneva, per quanto qui ci interessa mettere in evidenza, di avere già nel suo ordinamento le risposte sanzionatorie a quanto richiesto dal diritto comunitario; segnatamente, la Spagna riteneva che a tale scopo fossero utilizzabili una serie di norme incriminatrici del codice penale (l'art. 270 c.p. sulla violazione della proprietà intellettuale, l'art. 255 c.p. in materia di frode nell'erogazione dei servizi e l'art. 248 c.p. in materia di frodi elettroniche).

La Corte di giustizia, di fronte a questo argomento, prima accerta che le norme incriminatrici del codice penale spagnolo offrono solo una parziale copertura alle condotte da vietare per il diritto comunitario (per differenza ad esempio di oggettività giuridica), per poi decidere con un argomento che per un penalista è « musica scolpita nel marmo »:

« ne consegue che la normativa spagnola non vieta tutte le attività illecite menzionate dalla direttiva e che le disposizioni richiamate dal governo spagnolo sono inadeguate ai fini di un recepimento corretto e completo degli artt. 4 e 5 di essa nell'ordinamento giuridico spagnolo. *Anche interpretando il diritto penale conformemente alla direttiva, le lacune e le mancanze rilevate dalla Commissione non possono esse-*

*re colmate senza incorrere in violazioni dei principi di legalità e di certezza del diritto, i quali impediscono di punire comportamenti che non siano chiaramente individuati ed espressamente qualificati come infrazioni dal codice penale » (par. 28).*

<sup>6</sup> Per quanto concerne il principio di colpevolezza va peraltro segnalato che la Corte europea dei diritti dell'uomo con una recente sentenza (20 gennaio 2009, *Affaire Sud Fondi Srl et autres C. Italie*), ha aperto la strada alla costruzione della colpevolezza come diritto fondamentale europeo. Oggi quindi i deficit di legittimazione che interdiccono alla Corte di giustizia di fare uso del principio di colpevolezza per giudicare della legittimità « comunitaria » delle norme penali nazionali in attuazione e *sine culpa* potrebbero venire meno perché ci ha pensato la Corte di Strasburgo a inserire la colpevolezza nel catalogo — per dirla con l'art. 6 del TUE — dei « diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali » e che quindi si collocano per questa via anche al gradino più alto del diritto dell'Unione europea. Sulla questione e in generale sul rango della *Cedu* e della sua interpretazione da parte della Corte di Strasburgo nel diritto dell'Unione europea v. V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, in particolare i contributi di Manes, Zagrebelsky, Sotis, Manacorda, Mazzacuva.

Occorre infatti avere ben chiaro — è un *punto fondamentale* —, che se un principio costituzionale nazionale non sia anche un principio di diritto dell'Unione europea, questo *non vuol dire affatto* che, in caso di contrasto delle norme nazionali conformi a tale principio con la normativa europea, il diritto dell'Unione automaticamente ritenga la normativa derivata da quel determinato principio come contraria alla normativa europea.

A mia conoscenza, non vi sono pronunce della Corte di giustizia sulla opponibilità del principio di colpevolezza o di offensività ad una norma dell'Unione europea che invece invocasse, ad esempio, forme di imputazione dell'illecito penale *sine culpa*. Sono tuttavia convinto — alla luce di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nel 2004 con una sentenza che stiamo per vedere — che qualora un fondamentale principio di diritto nazionale (come, per l'appunto la colpevolezza o anche l'offensività) si opponesse all'adempimento di una norma comunitaria, debba essere quest'ultima, *anche nella prospettiva della Corte di giustizia*, a cedere il passo.

Ci riferiamo alla sentenza C-36/02 *Omega* del 14 ottobre 2004 dove la Germania sosteneva la legittimità del suo divieto all'importazione di un gioco inglese di guerra<sup>7</sup>, perché ritenuto "offensivo della dignità umana, così come intesa e garantita dalla legge fondamentale tedesca.

La Corte di giustizia in questo caso ha riconosciuto l'obiettivo e diretta contrarietà alle libertà di circolazione delle merci e dei servizi, nonché il fatto che la lesione della dignità umana registrasse dal suo punto di vista una bassa intensità. Tuttavia ha pure affermato che la tutela, offesa anche solo ad uno stadio minimo, della dignità umana riconosciuta da uno Stato nazionale è prevalente rispetto ad una elevata e diretta compressione di controinteressi (primari) del diritto dell'Unione europea come le libertà di circolazione dei beni e dei servizi.

Questa brevissima ricostruzione ci permette di tracciare un paio di coordinate veramente essenziali.

La Corte di giustizia sembra assumere *due differenti strategie* rispetto ai principi fondamentali del diritto penale di derivazione nazionale. In primo luogo la Corte di giustizia cercherà di fare suo un principio nazionale e affermare che esso è anche un principio del diritto dell'Unione europea. In secondo luogo, quando la Corte non può o non vuole affermare che un principio di diritto nazionale sia anche un principio del diritto dell'Unione questo tuttavia

<sup>7</sup> Si trattava di un gioco condotto con pistole laser in cui si simula la guerra sparando su sensori posti sul petto degli altri partecipanti al gioco. Il gioco era stato concesso in *franchising* da una società inglese a una società tedesca che operava in Ger-

mania. Tali giochi sono tuttavia vietati in Germania con provvedimento del 14 settembre 1994 poiché si ritiene che i giochi di omicidio siano una violazione della dignità stabilita dall'art. 1, n. 1 prima frase della Costituzione tedesca.

non comporta automaticamente che la Corte non riconosca nessun valore a quel principio

Una norma nazionale confliggente con una norma europea, ma imposta da un principio costituzionale nazionale che non può essere riconosciuto dalla Corte di giustizia come principio del diritto dell'Unione europea, non è automaticamente in contrasto con il diritto dell'Unione. Occorre infatti valutare se quel principio nazionale, come in diritto penale italiano ad esempio è il caso dei principi di colpevolezza e di offensività, costituisca una specificità nazionale riconosciuta come prevalente dalla Corte di giustizia rispetto alla confliggente normativa europea. In altre parole la Corte di giustizia afferma che in questi casi è *il diritto dell'Unione a cedere il passo*, senza bisogno quindi di innescare i « controlimiti »<sup>8</sup>. Il caso *Omega* mostra che se un determinato principio nazionale tutela interessi primari dello Stato membro, la Corte di giustizia in sede di bilanciamento è particolarmente attenta a salvaguardare la prospettiva assiologica nazionale coinvolta. Il *rango* degli interessi coinvolti è insomma criterio centrale con cui effettuare il bilanciamento; al contrario sembra secondario il *grado* di lesione sofferto dagli interessi rispettivamente nazionali e europei<sup>9</sup>.

Quest'ultima coordinata ne fa emergere una ulteriore, parimenti essenziale: per la Corte di giustizia è possibile che una stessa normativa comunitaria possa cedere il passo in un paese e non in un altro a seconda dei particolari principi nazionali esistenti nei vari Stati membri. Inoltre, uno stesso principio, come, secondo l'esempio fatto, la colpevolezza, può costituire un parametro per il diritto comunitario sanzionatorio amministrativo, ma non anche per il diritto penale di un paese membro.

Il rilievo è importante perché ci fa capire che, *nella prospettiva della Corte di giustizia*, la intrinseca e ineludibile complessità del sistema penale europeo impone di tollerare delle disuguaglianze da Stato a Stato e può condurre a delle incoerenze *necessarie*.

### 3. IL CASO DELLA PEDOPORNOGRAFIA VIRTUALE: COSA SUCCEDDE IN CASO DI CONTRASTO TRA OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE COMUNITARIAMENTE CONFORME E OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CONFORME.

Cerchiamo ora di verificare come queste coordinate dovrebbero funzionare nei casi *più delicati*. Cioè quando la Corte di giustizia è

<sup>8</sup> Sui « controlimiti » in prospettiva penalistica v. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit. p. 38 s.

<sup>9</sup> Nel caso *Omega* era infatti molto basso il grado di lesione all'interesse nazionale (dignità umana offesa ad uno stadio

minimo dalla diffusione di un gioco di guerra) e molto alto quello all'interesse comunitario (libertà di circolazione delle merci e dei servizi frustrata *in toto* dal divieto tedesco di importazione).

chiamata a confrontarsi con un diritto riconosciuto come fondamentale in prospettiva costituzionale nazionale senza che al contempo quel medesimo diritto sia anche un principio generale del diritto comunitario. In particolare per verificare questa ipotesi nella sua dimensione applicativa occorre fare riferimento ad un problema di (apparente) conflitto tra i distinti obblighi di interpretazione gravanti sul giudice penale nazionale. Segnatamente l'ipotesi in cui l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea *in malam partem* validamente posto, cioè senza violare il divieto di analogia, che abbiamo visto essere anche principio di diritto dell'Unione, si contrapponga un obbligo di interpretazione *costituzionalmente* conforme derivante da un parametro costituzionale che non sia anche un principio di diritto dell'Unione europea (es. principio di colpevolezza e di offensività nella loro dimensione esegetica).

Questa ipotesi, come detto, è ben esemplificata nel diritto penale della rete dalla introduzione in Italia del nuovo art. 600-*quater*.1. c.p.<sup>10</sup> rubricato « Pornografia virtuale » dove è prescritto che:

« Le disposizioni di cui agli articoli 600-*ter* e 600-*quater*<sup>11</sup> si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo.

Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali ».

Questo delitto è di equivoca interpretazione. In particolare, per quanto qui interessa, non è chiaro quale sia l'oggetto materiale del fatto di pornografia virtuale. Cioè se con la norma si possano punire solo i fotomontaggi, con ciò intendendo quelle situazioni virtuali in cui si sia comunque partiti dallo sfruttamento di un'immagine reale, privata e « intima » di un minore (di per sé non pornografica), o anche i fotomontaggi realizzati utilizzando immagini reali, pubbliche e totalmente neutre di minori o addirittura anche le rappresentazioni pedopornografiche completamente virtuali (tipo elaborazioni di computer grafica).

L'oscurità sull'oggetto materiale di questo delitto deriva da tre ragioni: una letterale, una sistematica e una storica.

— Sul piano *letterale* la disposizione registra un'intrinseca oscurità dovuta *in primis* all'uso polisemico del termine « immagini », chiamato a definire sia il supporto audio o video che ritrae *realmente* un minore (« *immagini* di minori degli anni diciotto o

<sup>10</sup> Introdotto dall'art. 4 della legge 6 febbraio 2006 n. 38.      rile e detenzione di materiale pedopornografico.

<sup>11</sup> Rispettivamente pornografia mino-

parti di esse»), sia il risultato virtuale che si è ottenuto a partire da quel supporto di per sé lecito (« per *immagini* virtuali si intendono *immagini* realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali »);

— sul piano *sistematico* l'oscurità è aggravata dal fatto che la realizzazione di materiale pornografico, utilizzando immagini di minori, è proprio la formula del più grave e diverso delitto previsto al precedente art. 600-*quater* c.p., il che lascia intendere che con questo nuovo delitto il legislatore avesse voluto punire « qualche cosa di meno » dello sfruttamento mediante fotomontaggio a fini pornografici di immagini di minori di per sé non pornografiche;

— tale intendimento è poi ulteriormente alimentato da una ragione *storica*. Infatti, come segnalato da *Alberto Cadoppi*<sup>12</sup>, già prima dell'introduzione di questo delitto alcune forme di pornografia virtuale parziale, lesive però di minori in carne ed ossa, venivano considerate punibili in base alla normativa previgente; si trattava comunque di fotomontaggi realizzati a partire da un'immagine reale di un minore ripreso in attività sessuali<sup>13</sup>.

Tutti questi dubbi interpretativi, a nostro avviso, vanno risolti alla luce del *canone ermeneutico costituzionalmente imposto di offensività*. E, visto che il bene giuridico tutelato dalla norma non può che essere la tutela del minore (inteso come persona reale e non come categoria spirituale), questa norma non può prescindere dalla valutazione di offensività, anche ad uno stadio minimo, ma di *quel bene giuridico*. Potranno quindi essere punite solo le condotte che realizzino un'immagine pornografica virtuale, partendo però dallo sfruttamento di un'immagine reale di un minore in carne ed ossa. Un fotomontaggio che faccia apparire come vera una situazione pornografica non reale e realizzato, ad esempio, a partire dalla foto scattata a un minore realmente esistente, sarebbe a nostro avviso penalmente rilevante perché ancora offensivo del bene giuridico (anche se a uno stadio minimo). Al contrario, un minore del tutto inventato al computer per quanto verosimile e costruito « a regola d'arte » o anche una fotocomposizione in cui a partire da un'immagine sessuale tra maggiorenni si ringiovaniscono i volti e i corpi sono tutte ipotesi che perdono del tutto l'aggancio con l'offensività e non potrebbero quindi ritenersi penalmente rilevanti.

A far da cornice a questo quadro normativo, tuttavia, — e *arriviamo al punto* —, sta il diritto dell'Unione europea con la decisione quadro del dicembre 2003 relativa alla « lotta contro lo

<sup>12</sup> A. CADOPPI, *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 37, p. 43.

<sup>13</sup> Così, A. CADOPPI, *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, terza edizione, 2002, p. 571.



sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile »<sup>14</sup>, di cui la legge italiana n. 38/2006 costituisce, come risulta dai lavori parlamentari<sup>15</sup>, attuazione espressa.

Nella decisione quadro all'art. 3 è sancito che gli Stati membri debbono sanzionare come reato l'acquisto o il possesso intenzionale di pornografia infantile. All'art. 1, poi, il punto *iii*) definisce la pornografia infantile come «immagini realistiche di un bambino *inesistente* implicato o coinvolto nella suddetta condotta»<sup>16</sup>.

Abbiamo quindi:

— una normativa nazionale di oscura interpretazione in merito all'oggetto materiale della condotta di pornografia virtuale;

— una definizione europea della stessa che, da una parte, costituisce *input* espresso della norma nazionale e, dall'altra, chiede chiaramente che si punisca anche il possesso di materiale integralmente e originalmente virtuale;

— un obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea che si applica anche alle norme di terzo pilastro.

La domanda che ci si pone dunque è: si può/deve interpretare l'oggetto materiale dell'art. 600-*quater*.1 c.p. alla luce e secondo lo scopo della (di per sé chiarissima) definizione contenuta nella decisione quadro del 2004?

La risposta, alla luce di quanto affermato nel paragrafo precedente, è a questo punto agevole: *no*, non si può.

Come anche sancito di recente dalla giurisprudenza nel primo caso posto alla sua attenzione<sup>17</sup>, tale obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea è infatti neutralizzato dall'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione, che vuole che le norme incriminatrici vengano interpretate alla luce del canone di necessaria offensività del bene giuridico tutelato (e tutelabile) dalla norma<sup>18</sup>. Ora, il principio di offensività non è (anche)

<sup>14</sup> Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile del 22 dicembre 2003 2004/68/GAI.

<sup>15</sup> Lo segnala L. PISTORELLI, *Art. 600-ter*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 4152.

<sup>16</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>17</sup> Tribunale di Milano (sent.), 11 novembre 2010 (ud.), Pres. ed Est. Tanga in *www.penalecontemporaneo.it*, (pubbl. sul sito l'11 novembre 2010). Secondo questa sentenza in virtù del principio costituzionale di offensività deve essere esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 600-*quater* 1 c.p. la detenzione di disegni pornografici e cartoni animati che ritraggono

bambini e adolescenti di fantasia. Correttamente (dal mio punto di vista) il Tribunale ha invece condannato l'imputato per il delitto di detenzione di materiale pedopornografico virtuale, in relazione alla detenzione nel proprio computer di diciotto immagini tridimensionali, realizzate con elevata qualità grafica, che rappresentavano figure umane plastiche e proporzionate di adulti e minori coinvolti in atti sessuali, dove alla sommità del corpo del minorenne era stata apposta l'immagine bidimensionale ritraente un bambino realmente esistente.

<sup>18</sup> Sulla dimensione costituzionale e ermeneutica del principio di offensività, in particolare tramite la valorizzazione della dimensione sostanziale del bene giuridico v. ora per tutti V. MANES, *Il principio*

un principio di diritto dell'Unione europea; il contrasto tra l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e l'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione sembra quindi tradursi in un conflitto tra sistemi idoneo ad azionare i « controlimiti ».

Non è sempre così. Abbiamo visto che il diritto dell'Unione tollera divergenze nazionali quando esse siano imposte dal rispetto di un principio considerato dalla Corte di giustizia come fondamentale per un Paese membro e il principio costituzionale di offensività come canone ermeneutico si iscrive sicuramente a questa categoria<sup>19</sup>. Sarà quindi il diritto dell'Unione a cedere il passo a fronte del prevalente (anche nella *sua* prospettiva) principio nazionale di offensività nel caso di specie.

*di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*.

<sup>19</sup> Cfr. V. MANES, *op. ult. cit.*