

PORNOGRAFIA E PEDOPORNOGRAFIA ONLINE LA LEGGE

Studio Panama-Immigration

WWW.PANAMA-IMMIGRATION.COM

IL TUO STUDIO DI FIDUCIA A PANAMA

La pornografia, sviluppatasi sui canali tradizionali come le riviste, il cinema, le videocassette, è ampiamente presente sul web, dove il numero delle pagine a contenuto pornografico, in continua crescita, è quantificato nell'ordine di un terzo dell'intero web. Conviene dunque chiarire quali sono i limiti giuridici per l'utilizzo di immagini pornografiche in rete, chiarendo anche le problematiche inerenti alle immagini pedopornografiche.

Pornografia

La regolamentazione della pornografia comporta l'esigenza di contemperare la **tutela del buon costume e della pubblica decenza** da un lato, e la **libertà di espressione e manifestazione del pensiero** dall'altro, quest'ultima sancita

dall'articolo 21 della Costituzione.

L'art. 528 del codice penale punisce "*chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini od altri **atti osceni** di qualsiasi specie*". L'art. 725 punisce, come contravvenzione, l'esposizione al pubblico, l'offerta in vendita e la distribuzione di "*scritti, disegni o qualsiasi oggetto figurato, che **offenda la pubblica decenza***".

Infine, l'art. 529 del codice penale, al primo comma, precisa che "*agli effetti della legge penale, **si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore***", e, al secondo comma, che "*non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto*".

La punibilità della pornografia, quindi, è legata alla definizione del concetto di "**osceno**", e di "**offesa al pudore**", che assumono significati diversi a seconda del contesto sociale in cui si collocano e sono suscettibili di variazioni a seconda del mutare del comune sentire. Sono concetti costruiti dal legislatore proprio in modo tale da consentire l'adeguamento della norma all'evoluzione della morale comune.

Dunque il **pudore** non deve essere inteso come un bene individuale, piuttosto come un **bene collettivo protetto con riferimento ad un determinato momento storico ed ambiente sociale**.

Non esiste nel nostro ordinamento un generale divieto di creazione, acquisto, detenzione o messa in circolazione di immagini oscene, ma tali attività sono vietate solo quando, essendo la produzione delle immagini destinate ad una libera esposizione al pubblico, al commercio o alla distribuzione, siano svolte con ostentazione a danno di terzi non interessati o non

consenzienti o dei minori di anni diciotto. Per cui l'attività di vendita e produzione di immagini oscene (pensiamo alle vendite di riviste porno in edicola) è generalmente consentita qualora sia svolta nel rispetto dei terzi e dei minori.

In tal senso si è espressa la **Corte Costituzionale**, con la **sentenza del 27 giugno 1992, n. 368**, affermando che è consentita la detenzione e distribuzione di materiale pornografico se tali attività sono svolte in forma riservata e dirette a chi ne faccia specifica richiesta. Infatti, l'offesa al pudore non sussiste quando il materiale pornografico raggiunge gli altri soggetti con cautele tali da assicurare la necessaria riservatezza ed impedire appunto l'offesa al pudore dei terzi.

Allo stesso modo, la **Corte di Cassazione** ha osservato che la illiceità penale della condotta si configura esclusivamente quando è posto in pericolo il sentimento del pudore di terzi non consenzienti (o che tale consenso non possono validamente manifestare), o della collettività in generale.

Conseguentemente **va esclusa l'illiceità qualora l'accesso alle immagini o rappresentazioni pornografiche non sia indiscriminatamente aperto al pubblico ma sia riservato soltanto alle persone adulte che ne facciano richiesta.**

Già dagli anni '90 la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, ha individuato il bene giuridico protetto dagli articoli 527 e 528 del codice penale nell'interesse del singolo a non essere posto a contatto, contro la propria volontà, con rappresentazioni o materiale idoneo a turbarlo in relazione alla sfera sessuale. Di conseguenza la punibilità dei reati suddetti si realizza quando le pubblicazioni o gli spettacoli osceni siano offerti a chi non li approva né li desidera, mentre non vi è reato se lo spettatore, maggiorenne, conosce il contenuto di quanto gli viene offerto e lo accetta o, in alternativa, viene posto in condizioni di evitarlo.

In conclusione, il materiale pornografico può liberamente

circolare nella rete, purché, ovviamente, ciò avvenga in **aree riservate che non siano aperte a minori degli anni diciotto** e sia destinato ai soli adulti consenzienti. È consentita altresì la divulgazione di materiale pornografico anche in siti aperti a tutti purché il materiale non abbia ad oggetto minori di anni diciotto, le immagini siano destinate ai soli adulti che dovranno compiere una attività ulteriore per accedere alla sezione dove sono contenute le immagini pornografiche, e il sito sia chiaramente riconoscibile da terzi come sito offerente tale tipo di immagini.

In pratica si rende necessario realizzare una pagina di ingresso (impedendo nel contempo l'accesso libero alle pagine interne del sito e la loro indicizzazione) dove sia chiarito il contenuto del sito, dalla quale pagina gli adulti possono raggiungere le immagini pornografiche ponendo in essere una ulteriore attività, come ad esempio l'inserimento della propria data di nascita.

L'offerta indiscriminata di contenuto pornografico reso immediatamente visibile a tutti senza preavviso deve considerarsi sicuramente illecita, poiché lede la libertà di scelta consentendo l'accesso a chiunque, compreso i minori.

Pedopornografia

La pubblicazione, divulgazione o commercializzazione di materiale pedopornografico, cioè avente come protagonisti minori di 18 anni, è regolata dalla **legge 269 del 1998** (che ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di norme poi in parte modificate da convenzioni internazionali) e dalla **legge 172 del 2012** (entrata in vigore il 23 ottobre del 2012) di ratifica della **Convenzione di Lanzarote** del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007. Tale Convenzione inserisce nell'ordinamento norme

che anticipano la tutela del minore stesso, come il reato di adescamento, comportamento che diventa di per sé reato.

Sulla base della nuova legge viene fatta rientrare nel concetto di pornografia anche la rappresentazione statica della nudità, se è tale da rendere evidente gli organi sessuali del minore, purché sia finalizzata a scopi sessuali.

L'età del consenso sessuale in Italia si raggiunge normalmente al compimento del quattordicesimo anno di età, ma può salire o scendere a seconda dei casi. Il nostro ordinamento consente di avere rapporti sessuali con minori che abbiano compiuto **14 anni**, se consenzienti e se non vi è una posizione dominante sul minore. Nel caso di posizioni di influenza (ad esempio un genitore, un tutore, un insegnante, un educatore, un medico curante, un pubblico ufficiale o anche solo un convivente) il minore deve avere almeno **16 anni** perché il consenso sia valido. L'età sale a 18 anni se il fatto è compiuto dal genitore, anche adottivo, da un tutore o parente convivente, se il minore ha compiuto 16 anni e vi è abuso dei poteri connessi al proprio ruolo. L'età del consenso scende, invece, a 13 anni se i due partner sono minorenni entrambi, a condizione che la differenza di età sia inferiore ai 3 anni. Se il minore ha meno di 10 anni si configura un'aggravante.

Nel nostro ordinamento non esiste una definizione di **rapporto sessuale**, per cui qualsiasi atto è lecito, purché consensuale, laddove per atto sessuale si intende generalmente un atto che intacca la sfera della sessualità fisica della vittima, e non invece l'atto che offende solo la sua libertà morale ovvero il sentimento pubblico del pudore.

Convenzione di Lanzarote

Con la ratifica della Convenzione di Lanzarote è stato introdotto l'art. 414 bis del codice penale che prevede il reato di **pedofilia e pedopornografia culturale**, e che punisce con la reclusione da 3 a 5 anni chiunque con qualsiasi mezzo, anche attraverso il web, e qualsiasi forma di espressione, istighi a commettere reati di prostituzione minorile, di pornografia minorile, detenzione di materiale pedopornografico, violenza sessuale o corruzione di minore. Alla stessa pena soggiace chi pubblicamente fa apologia di questi delitti.

Inoltre si introduce (art. 416 c.p. comma 7) il reato dell'**associazione a delinquere** diretta a commettere i delitti previsti dagli articoli 600 bis, ter e quater del codice penale, punita con la reclusione da 4 a 8 anni. Tale condotta si realizza partecipando ad una comunità virtuali stabilmente organizzata nel cui ambito le adesioni restino subordinate all'accettazione di un regolamento che vincoli gli associati a condividere il materiale.

Prostituzione minorile

Il nuovo testo dell'articolo 600 bis prevede il reato di **reclutamento o induzione alla prostituzione del minore** di anni 18 e il **favoreggiamento, sfruttamento, gestione, organizzazione o controllo di prostituzione di minori** di anni 18. È considerato reato anche il trarre profitto da tali attività.

Si tratta in sostanza di semplici specificazioni dei reati di favoreggiamento e sfruttamento già presenti nel nostro ordinamento. L'unica modifica riguarda il profitto che può essere anche solo promesso (infatti il reato si consuma con il compimento della prestazione sessuale) e che comunque non deve trattarsi necessariamente di utilità economica.

Pornografia minorile

L'art. 600 ter, nuova formulazione, del codice penale, prevede il reato di pornografia minorile che si configura a carico di chiunque *"utilizzando minori di anni diciotto, realizza **esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici** ovvero **dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto**".* 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 giurisprudenza di legittimità ha chiarito che si realizza nel caso in cui si ritrae o si rappresenta visivamente un minore *"implicato o coinvolto in una **condotta sessualmente esplicita**, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica"* (Cass. Pen. Sez. III, 9 gennaio 2013 n. 5874). Quindi la semplice nudità di minori non è elemento sufficiente a qualificare un'immagine come pornografica ove manchi il coinvolgimento in condotte sessualmente esplicite.

Inoltre occorre che la condotta abbia una consistenza tale da implicare concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto (Cass. SSUU, 31 maggio 2000). Poiché le nozioni di *"produzione"* e di *"esibizione"* richiedono l'inserimento della condotta in un contesto di organizzazione almeno embrionale e di destinazione, anche potenziale, del materiale pornografico alla successiva fruizione da parte di terzi, deve escludersi che un tale contesto organizzativo possa essere desunto esclusivamente dalla disponibilità di uno strumento oggi in possesso di chiunque, quale un computer.

L'**esibizione** deve essere considerata una rappresentazione che avviene in pubblico, anche se poi è sufficiente per la punibilità che in concreto vi sia un solo spettatore. Lo **spettacolo** fa rientrare nella norma le esibizioni dedicate non solo ad un pubblico indistinto ma anche in via esclusiva ad un unico soggetto, come accade per le esibizioni fruite per via telematica (ad esempio in *chat* con videocamera).

Produzione

Salvo l'ipotizzabilità di altri reati, commette il delitto di cui all'articolo 600-ter, comma 1, codice penale, **chiunque impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici con il pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico prodotto** (Sezioni Unite, sentenza n. 13 del 31 maggio del 2000). Quindi, riprendere un minore intento in atti sessuali costituisce reato indipendentemente dal fatto se il materiale fotografico sia poi effettivamente diffuso o ceduto a terzi, purché la realizzazione sia idonea alla diffusione. Occorre, quindi, una detenzione qualificata non destinata al semplice soddisfacimento delle proprie pulsioni, che si concreta non solo in caso di inserimento sui social network, ma, secondo la Cassazione (sentenza 9 maggio 2016, n. 19112), anche nel caso in cui l'inserimento è solo minacciato al minore al fine di farlo soggiacere ai propri desideri sessuali. Un eventuale fine di lucro è irrilevante.

È comunque richiesto l'impiego strumentale del minore da parte di terzi. Per cui se le riprese sono effettuate direttamente e autonomamente (non costretto né indotto) dal minore non sussiste punibilità.

Commercio e cessione

Il **commercio** di materiale pedopornografico realizza un ulteriore reato punito con la medesima pena, come anche soggiace alla stessa sanzione chiunque **distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza** materiale pedopornografico, con qualsiasi mezzo, **anche per via telematica**.

Anche la **cessione a titolo gratuito** del detto materiale comporta la sanzione del carcere fino a 3 anni. Occorre ovviamente dimostrare la specifica volontà di divulgazione, in assenza della quale permane solo la condotta del procurarsi e detenere il materiale.

La sentenza della **Corte di Cassazione, terza sezione, del 21 marzo 2016 n. 11675**, chiarisce che la **cessione** di materiale pedopornografico è punibile solo qualora il materiale sia stato formato attraverso l'utilizzo strumentale del minore ad opera di terzi. Il caso vedeva una minore effettuare degli autoscatti a contenuto pornografico (**sexting**) per poi cedere detto materiale, autonomamente, a terzi. Questi ultimi, ad insaputa della minore, provvedevano poi ad inviare, a loro volta, tali scatti ad altre persone. La Cassazione ha ritenuto le condotte non punibili in quanto le riprese erano state effettuate direttamente dalla minore, senza intervento di terzi. L'art. 600 ter, comma 4, del codice penale, infatti, sanziona la cessione **solo se il materiale è stato realizzato da un soggetto differente dal minore presente nelle immagini**, per cui non sorge la punibilità se il materiale è stato realizzato autonomamente e consapevolmente dal minore.

Esibizione e spettacoli. Punizione del "cliente"

Il comma 6 introduce un nuovo reato, punendo con la reclusione fino a 3 anni chiunque **assiste alle esibizioni o agli spettacoli pornografici** nei quali siano coinvolti minori. È un reato a dolo generico che richiede la consapevolezza della partecipazione del minore all'esibizione. Per giurisprudenza costante è sufficiente che il minore partecipi solo passivamente (quindi non necessariamente nudo).

Questa norma colma un vuoto, colpendo, oltre all'offerta di materiale pedopornografico, anche la domanda, **punendo così anche il "cliente" del materiale pedopornografico.**

L'art. 600 ter, in sostanza, punisce tutte quelle situazioni nella quali è ravvisabile il pericolo concreto che l'attività posta in essere sia idonea a soddisfare l'esigenza di un vasto mercato di pedofili.

Detenzione di materiale pedopornografico

L'articolo 600 quater costituisce la norma di chiusura dell'intera normativa, applicabile nei casi in cui il comportamento non rientri nelle altre norme, e punisce le condotte che presentano minore lesività. L'articolo punisce chi si **procura o detiene** materiale pornografico prodotto mediante l'utilizzo sessuale dei minori di anni diciotto, purché ciò accada **consapevolmente**. Occorrerà quindi accertare la volontà del soggetto di procurarsi e detenere il materiale pedopornografico, e, ovviamente, necessita che la produzione sia avvenuta da parte di terzi con l'utilizzo strumentale del minore.

Con la legge 38/2006 è stato introdotto il riferimento all'"utilizzo" sessuale dei minori in luogo di quello di "sfruttamento" ed è stata sostituita la condotta del "disporre" con quella del "detenere" materiale pornografico (pur salvando, tuttavia, la condotta del "procurare"). Il detenere implica un vero e proprio possesso,

mentre il disporre era considerata troppo ampia e in grado di riferirsi anche a condotte prive di offensività.

Il reato deve avvenire **consapevolmente**, perché se si scarica dalla rete una foto di un minorenne credendolo maggiorenne, il fatto non è perseguibile penalmente. In alcuni casi, però, il codice penale non ritiene sufficiente, come scusante, l'ignoranza sull'età della vittima, come per i casi di reati connessi alla violenza sessuale.

La legge punisce anche il caso in cui il materiale rappresenta **immagini virtuali** (art. 600 quater 1) realizzate utilizzando immagini di minori non esistenti nella realtà (sia bambini virtuali sia fotomontaggi ottenuti sovrapponendo il viso di un adulto sul corpo di un minore e viceversa, ma in questo caso la pena è diminuita).

La Cassazione ([sezione Terza Penale, Sentenza 9 maggio 2017, n. 22265](#)) ha infatti stabilito che rientrano nel concetto di materiale pornografico le rappresentazioni grafiche, frutto di fantasia, che raffigurino atti sessuali su soggetti minori di età. Quindi la detenzione di fumetti pedopornografici integra il reato in questione.

La Suprema Corte ha evidenziato come le persone offese del reato siano i bambini in modo indifferenziato, e non i soggetti rappresentati concretamente nei fumetti che non possono essere considerati realmente esistenti. L'elaborazione di immagini virtuali evoca comunque la rappresentazione di situazioni reali, cioè atteggiamenti sessuali nei quali i bambini sono meri oggetti sessuali.

Fruizione di materiale pedopornografico

L'articolo 20 della Convenzione di Lanzarote prevede anche la punibilità della condotta di chi accede "*consapevolmente e attraverso tecnologie di comunicazione e di informazione a pornografia infantile*", ma ha lasciato però ai singoli Stati la decisione se introdurre detto reato, cosa che non è avvenuto in Italia dato che la condotta sanzionata potrebbe essere del tutto casuale e il reato difficile da provare.

Quindi **la fruizione o consultazione di materiale pedopornografico continua a non essere reato**, e visionarlo in rete è lecito in quanto in tali ipotesi non si ha l'ingresso delle fotografie nella sfera di disponibilità dell'utente, purché ovviamente non se ne fa una copia sul proprio computer. Sorge il problema della *cache* del browser, il quale realizza automaticamente una copia dei file in locale (sul computer) al fine di velocizzare un eventuale successivo accesso al sito, che in teoria potrebbe far scattare il reato di detenzione, ma l'assenza di dolo relativo alla detenzione, in quanto l'utente non ha consapevolezza dell'esistenza della cache e spesso non ha nemmeno la competenza atta a disattivarla, esclude la punibilità dello scaricamento delle immagini se avvenuto in automatico e senza una attività volontaria dell'utente.

Adescamento di minori

Con la ratifica della Convenzione di Lanzarote è stato ulteriormente introdotto l'art. 609 undecies che prevede il **grooming**, cioè l'**adescamento di minori** di anni 16 attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere attraverso la rete internet o altri mezzi di comunicazione (sms, chat, social network), punito con la reclusione da 1 a 3 anni.

Casi pratici in rete

In rete vi sono varie possibili modalità di scambio di file relativi alla pedopornografia. Nel caso di materiale veicolato tramite **chat line** si può configurare una divulgazione ai sensi dell'articolo 600 ter comma 3, ma è necessario verificare se il programma consente, a chiunque si colleghi, la condivisione delle cartelle e dei documenti contenenti le foto incriminate, in modo che chiunque possa accedervi e, senza formalità rivelatrici di una sua volontà specifica, prelevarle direttamente. Quando invece il prelievo avviene solo a seguito di una manifestazione di volontà dichiarata nel corso di una conversazione privata, si versa nell'ipotesi più lieve di cui all'art. 600 ter comma 4, cioè della mera cessione. In questo caso, infatti, manca la comunicazione con un numero indeterminato di persone.

Allo stesso modo si può ritenere configurabile solo l'ipotesi lieve in caso di trasmissione del materiale pedopornografico tramite **mail**. Infatti, la divulgazione sussiste solo se il materiale in questione è inserito in un **sito web** accessibile a tutti, ovvero sia propagato inviandolo ad una lista di utenti o ad un gruppo di discussione dal quale detto materiale può essere liberamente scaricato. Ovviamente lo scaricamento di file di materiale pedopornografico tramite software di **file sharing** configura sempre il reato più grave di cui all'articolo 600 ter comma 3, in quanto tali software nel momento in cui un file viene aggiunto alla lista di quelli da scaricare e se ne inizia lo scaricamento, automaticamente mettono in condivisione quel file e ne consentono lo scaricamento anche ad altri utenti.

Attività delle forze dell'ordine

Al fine di individuare gli autori di reati in materia di pedopornografia, la legge 269/1998 consente attività di contrasto ai reati di pedopornografia online, affidando strumenti particolari alle autorità di polizia che, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, possono procedere anche ad acquisti simulati di materiale pornografico, o ad infiltrarsi nelle organizzazioni criminali.

Sulla base della normativa attuale si possono utilizzare siti "civetta" congegnati con modalità tali da attirare persone interessate all'acquisizione di immagini raffiguranti attività sessuali con minori, oppure azioni "sotto copertura" in chat o nei newsgroup.

Dato il carattere di eccezionalità di questi strumenti di indagine, deve ritenersi inutilizzabile il risultato di una indagine di questo tipo che non abbia avuto gli esiti sperati e che abbia rivelato un reato diverso e non compreso tra quelli elencati nella legislazione speciale.

Dal 2007 **la Polizia italiana si serve** del software **CETS**, realizzato dalla Microsoft, per tracciare e scovare pedofili in rete.