

GABRIELE MARRA

LA "PORNOGRAFIA MINORILE VIRTUALE" VISTA
CON GLI OCCHIALI DI J.S. MILL

A proposito di una sentenza della *U.S. Supreme Court* e di alcune recenti iniziative del legislatore italiano.

SOMMARIO

0. *Introduzione*. 1. *Ashcroft v. Free Speech Coalition. Le premesse*. 1.1. *Ratio decidendi*. 1.2. *Argomenti empirici*. 1.3. *Manifestazione del pensiero*. 2. *Sviluppi*. 3. *Scenari*. 3.1. *Convenzioni*. 3.2. *Anticipazioni*. 3.3. *Prospettiva interna*. 4. *Estensione possibile?*. 5. *Assenza di norme definitorie*. 6. *Conclusioni*.

0. Introduzione

Fin dalle sue prime tematizzazioni come argomento di politica legislativa, lo sfruttamento sessuale dei minori ha stimolato una discussione marcata in termini simbolico-ideologici, intesa a dare risposte alla sdegnata domanda di pena che trovava alimento in un arrebbante vociare mass-mediologico preoccupato, soprattutto, di mettere in luce la crescente pervasività del fenomeno e l'asserita assenza di efficaci strumenti repressivi¹. Una prospettiva che ha lasciato tracce visibili già nelle relazioni ai primi disegni di legge in materia e che ha finito per relegare la riflessione sui limiti delle scelte di criminalizzazione ai margini del processo legislativo, fornendo così la base giustificativa ad una legge che, non priva di condivisibili intenti promozionali, si è mostrata disinteressata ad un serio confronto con il dato criminologico², nella

¹ Si veda la ricerca condotta dal CENSIS intitolata "Sfruttamento sessuali e minori", www.pacse.censis.it/considerazioni/index.html ove si osserva "che la pedofilia è costituita da una vera e propria costellazione di fenomeni diversi che tanto l'informazione giornalistica quanto la consapevolezza collettiva tendono a confondere". V. anche DE RITA, *Pedofilia come problema intrafamiliare. Una bolla di sapone virtuale*, www.ago-ra.it; MARTUCCI, *La pornografia minorile e i net crimes. Pedofilia e sfruttamento sessuale dei minori come ultima frontiera della devianza*, (a cura di) Id., *Infanzia e abuso sessuale*, Milano, 2000, 108 ss.

² Nel corso dei lavori preparatori, l'unico canale di comunicazione con l'empiria sono stati i semplificanti resoconti della cronaca giornalistica che, condizionati dall'unificante schema dell'"emergenza pedofilia", hanno trattato allo stesso modo, quasi

quale il rango dell'interesse tutelato, specie se inteso nella sua portata ideale³, ha giustificato ardite soluzioni repressive.

La criticità di tale impostazione, a cui, peraltro, non si sono rivelati immuni un gran numero di ordinamenti⁴, è resa palese dall'ormai consolidato quadro degli studi riguardanti il c.d. diritto penale simbolico⁵, ma può essere ulteriormente evidenziata dalla lettura di una recente sentenza della *United States Supreme Court*.

1. *Ashcroft v. Free Speech Coalition. Le premesse*

Con una decisione a maggioranza⁶, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il § 2256 (8) 18 U. S. C. nella parte in cui punisce la "pornografia minorile virtuale". Ovvero, la creazione, cessione e detenzione di immagini raffiguranti il compimento di una "condotta sessuale esplicita" tra o con minori, realizzate:

a) utilizzando protagonisti non minorenni, qualora la rappresentazione venga "contrabbandata" dall'autore come se la presenza di minori fosse reale;

b) impiegando soggetti che per le loro caratteristiche fisiche appaiono essere minorenni⁷.

Per assenza di *petitum*, resta invece estranea all'oggetto del giudi-

fossero fatti di identica gravità, omicidi a sfondo sessuale, violenze sessuali commesse a danno di minori, la semplice fruizione di materiale pedo-pornografico. Cfr. *Disegni di legge n. 263, 1105, 2930; 3139* presentati alla Camera dei Deputati durante la XII legislatura.

³ PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona*, (a cura di) FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, 2001, 409 s.; KOERING - JOULIN, *La dignité de la personne humaine en droit pénal*, (a cura di) PAVIA-REVEY, *La dignité de la personne humaine*, Paris, 1999, 67 ss.

⁴ J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, 2004, 18.

⁵ Da ultimo l'ampio studio di BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, *Ind. pen.*, 2003, 491 ss.

⁶ L'opinione della Corte, redatta dal giudice Kennedy, è stata supportata dai giudici Souter, Ginsberg, Breyer. Un'opinione concorrente è stata sottoscritta dai giudici Thomas e O'Connor, la quale si è però discostata dalla maggioranza con riferimento alla ritenuta eccessiva ampiezza del divieto. Dissenzienti i giudici Scalia e Rehnquist. Per un primo commento LOEWY, *Taking Free Speech Seriously: The United States Supreme Court and Virtual Child Pornography*, *University of North Carolina Public Law Research Paper No. 02-17*, 1 ss.

⁷ ADLER, *The Perverse Law of Child Pornography*, *Columbia Law Rev.*, 2001, 209 ss.

zio l'ipotesi che punisce la realizzazione di immagini pornografiche mediante l'impiego di tecnologie grafico-informatiche tali da far apparire reale ciò che reale non è (§ 2256 (8) (C)).

Obiter dictum, la Corte fa però osservare che in relazione ad una sottofattispecie di questa classe di condotte (l'alterazione di immagini innocenti di bambini reali, tali da far apparire gli stessi come veri protagonisti di atti sessuali espliciti) i termini della questione sembrano ben diversi. Infatti, "sebbene le immagini riadattate – morphed – possono essere astrattamente ricondotte alla definizione di pornografia minorile virtuale, incidono pur sempre sugli interessi di minori reali e in questo senso appaiono analoghe alle immagini prese in considerazione in *Ferber*".

Ciò non significa, però, il rilascio di una generale patente di legittimità per tutte le ipotesi di "computer generated pornography". Anzi, trattandosi nella maggior parte dei casi di condotte prive di concreti profili di lesività per l'integrità del bene giuridico tutelato, le relative fattispecie incriminatrici presentano più di un tratto in comune come le ipotesi dichiarate costituzionalmente illegittime dalla pronuncia in commento.

1.1 Ratio decidendi

La Corte, dopo aver premesso che le novità introdotte dal *Child Pornography Prevention Act* del 1996 (abbr. CPPA) sono in contrasto con i principi stabiliti in *Miller v. California*⁸ e non possono trovare alcun supporto nella decisione riguardante il caso *New York v. Ferber*⁹, ha censurato la nuova disciplina ritenendola lesiva del diritto di manifestazione del pensiero consacrato nel primo emendamento della Costituzione americana¹⁰.

⁸ 413 U. S. 22 (1973). Il profilo di contrasto sta nel fatto che le fattispecie del CPPA puniscono, senza peraltro considerare l'eventuale merito letterario ed artistico della rappresentazione, anche la fruizione e la produzione di materiale che non contravviene il "community standard", come avviene, ad esempio, nell'ipotesi di immagini aventi ad oggetto la commissione di atti sessuali espliciti da parte di un diciassettenne.

⁹ 458 U. S. 747 (1982).

¹⁰ Analogamente cfr. *Free Speech Coalition v. Reno* 198 F 3d 1083 (CA9 1999). In senso contrario, però, *Unites States v. Mento*, 231 F. 3d 912 (CA4, 2000); *United States v. Achenson*, 195 F. 3d 645 (CA11 1999); *United States v. Hilton*, 167 F. 3d 61 (CA1) cert. denied 528 U.S. 844 (1999). Sul punto si consenta il rinvio a MARRA, *La detenzione di materiale pornografico minorile. Scelte di criminalizzazione e questioni di legittimità costituzionale nell'esperienza USA*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 410 ss.

Tale diritto, al quale va ricondotta anche la fruizione di materiale pornografico minorile nelle ipotesi in cui quest'ultimo non sia connesso ad un pregresso abuso¹¹, non può infatti tollerare limitazioni al di fuori delle ipotesi in cui sussista uno stringente e qualificato legame relazionale tra immagini pornografiche e sfruttamento dei minori. Poiché le fattispecie incriminatrici sottoposte al giudizio della Corte prescindono totalmente dall'esistenza di tale nesso, devono considerarsi in contrasto con la Costituzione.

L'assenza di profili di reale dannosità per gli interessi tutelati è testimoniata anche dagli argomenti utilizzati dal *Department of Justice* (abbr. DoJ) a sostegno della legittimità della disciplina impugnata.

Secondo l'opinione dell'Esecutivo la necessità di un siffatto intervento era resa cogente dall'urgenza:

α) di impedire la circolazione di immagini che possono essere utilizzate al fine di sedurre nuove vittime;

β) di sterilizzare le potenzialità criminogene associate alla disponibilità delle rappresentazioni in discorso;

γ) di "stroncare" il turpe mercato della pornografia prodotta mediante il reale sfruttamento dei minori. Una finalità che, specie in considerazione delle possibilità offerte dagli sviluppi delle tecnologie informatiche, verrebbe certamente frustrata qualora si omettesse di attrarre nell'orbita delle condotte penalmente rilevanti anche la produzione e la detenzione di immagini "virtuali"¹².

Di contro, la maggioranza ritiene che la finalità *sub a)* non può giustificare di per sé sola la punizione della "pornografia virtuale". L'utilizzo di quest'ultima per gli scopi sopra descritti è, infatti, una condotta distinta dalla fruizione del materiale pornografico e autonomamente offensiva per l'interesse tutelato¹³, la cui punizione legittimamente soddisfa la necessità di reprimere gli adescamenti illegali¹⁴.

¹¹ Cfr. *New York v. Ferber*, 764 s. e l'opinione dissenziente del giudice Ferguson in *Free Speech Coalition v. Reno*, 1097 che sottolinea la necessità di considerare la pornografia virtuale come "*an additional category of unprotected speech*".

¹² Alla luce delle acquisizioni della tecnologia informatica, questo argomento appare quanto mai discutibile. Esiste infatti un *software*, denominato "*digital pixel examination*", in grado di "sezionare" le immagini digitali e di rivelare la loro esatta origine, Cfr. LOEWY, *Taking*, 8, nt. 34.

¹³ VON HIRSCH, *Der Rechtsgutbegriff und das "Harm Principle"*, GA, 2002, 2 ss.

¹⁴ Cfr. *Kigsley Int'l Pictures Corp. V. Regents of Univ. of N.Y.*, 360 U.S. 684 689 (1954) "*in una società di uomini liberi i deterrenti ordinariamente applicabili per prevenire i crimini sono l'educazione e la repressione degli illeciti commessi, non la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero*".

A voler seguire fino in fondo l'argomento criticato, continua la Corte, si dovrebbe anche ammettere la legittimità di interventi intesi a punire il possesso di "videogiochi, cartoni animati e dolci" in tutti i casi in cui si abbia il timore che gli stessi possano essere utilizzati a fini illegali. Ma ciò appare, prima ancora che giuridicamente infondato, contrario ad ogni ragionevolezza.

Parimenti criticabile è il secondo dei motivi addotti dall'Esecutivo.

La generica possibilità che la fruizione di detto materiale possa, in futuro, portare alla commissione di reati, non giustifica il ricorso alla minaccia penale. A tal fine, se non si vuole legittimare l'impiego del diritto penale come invasivo strumento di controllo del pensiero¹⁵, è indispensabile che tra la fruizione di immagini pedo-pornografiche e commissione di futuri fatti illeciti intercorra un "qualificato e convincente legame" che, alla luce dei principi di diritto espressi in alcuni precedenti, può ritenersi sussistente solo in presenza di un pericolo concreto ed attuale ("clear and present danger")¹⁶.

Ancora più significativa è la critica rivolta alla c.d. *market deterrence theory* ed alla sua prammatica funzionalità espansiva¹⁷.

Allineandosi ad un indirizzo già evidenziatosi nella prassi giurisprudenziale, la Corte ha osservato che nel caso della "pornografia minorile virtuale" l'esigenza di deprimere la domanda che alimenta il turpe mercato della pedo-pornografia può costituire un valido argomento a sostegno della legittimità costituzionale del CPPA soltanto nelle ipotesi in cui sussista un effettivo sfruttamento di minori in carne ed ossa¹⁸. Diversamente, si finirebbe per punire la fruizione di ma-

¹⁵ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 566 (1969).

¹⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969). Il riferimento ai principi di diritto espressi in questa sentenza rende evidente l'avvenuta traslazione della materia nel complesso e variegato settore dei cc.dd. *hate speeches*. Sul punto si veda l'importante studio di ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis*, *Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41*. Nella dottrina italiana, da ultimo, CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, AA.VV. *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 111 ss.

¹⁷ Cfr. *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 98, 109 (1990); *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 529 (2001). Argomento valorizzato con riferimento all'art. 600 *quater* c.p. da PICCOTTI, *Pornografia minorile: evoluzione della disciplina penale e beni giuridici tutelati*, (a cura di) FIORAVANTI, *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, 2001, 305 e PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, *ivi*, 415.

¹⁸ *New York v. Ferber*, 761 ss.

teriale pedo-pornografico soltanto per il messaggio che veicola¹⁹. Una conclusione che, come detto, la Corte considera in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, diritto il cui significato ultimo consiste nel garantire a ciascuno il pieno diritto di “guardare, leggere [...] ed ascoltare” ciò che meglio crede, al riparo da interventi censori del legislatore.

In altri termini: l'esigenza di “essiccare il mercato” (“dry up the market”²⁰) non rappresenta un autonomo bene giuridico ma una possibile *ratio* di tutela che può supportare interventi repressivi soltanto nelle ipotesi “intrinsecamente correlate” ad un pregresso sfruttamento dei minori²¹.

1.2 Argomenti empirici

Il quadro delle argomentazioni si completa con una serrata critica alla correttezza logico-fattuale delle “presunzioni” utilizzate dal legislatore a sostegno delle sue scelte di criminalizzazione. Nell'economia della decisione, l'approfondimento della fondatezza empirica delle prognosi di pericolosità costituisce un passaggio di fondamentale importanza²², perché consente alla Corte di rendere ragione dell'inesistenza

¹⁹ *New York v. Ferber*, 765.

²⁰ *Osborne v. Ohio*, 109.

²¹ Il passaggio richiama alla mente le ben note riflessioni sviluppate da J. S. MILL in *Sulla libertà*, Milano, 1990, 35 ss., ma contrasta con la più recente prassi giurisprudenziale e legislativa. Cfr. COFFEE, *From Tort to Crime: Reflections on the Criminalization of Fiduciary Duties and the problematic Line between Law and Ethics*, 19. *Am. Crim. L. Rev.*, 1981, 117 ss; HARNOUCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, *Jour. of Crim. L. and Crim.*, 1999, 109 ss. Cfr. però *Lawrence et alii v. Texas*, *Foro it.*, 2004, IV, 42 ss, con nota di PASSAGLIA, *Il Grande Fratello non abita più qui: La Corte suprema statunitense riconosce la leicità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti*; *Court of Appeal for British Columbia, R. v. Shape* www.cancii.org/bc/cas/bcca/1999. Posizioni analoghe sono espresse da FIORAVANTI, *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, (a cura di) Id., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 23 e MONACO, *Art. 600 quater*, (a cura di) CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2001³.

²² Non è casuale che il profilo caratterizzante le opinioni dissenzienti sia rappresentato, in linea con quanto affermato dalla Corte in *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180, 195 (1990), dal rifiuto di sindacare i giudizi prognostici formulati dal legislatore (“we should defer to its finding”) o tal tentativo di spostare l'onere probatorio circa l'assenza dell'offesa in capo al privato ricorrente (opinione dissenzien-

di quei profili di concreta offensività che costituiscono la chiave di volta della declaratoria di incostituzionalità.

In merito alla pretesa esistenza di effetti criminogeni collegati alla fruizione della "pornografia minorile virtuale", i giudici, dopo aver riscontrato l'assenza di informazioni definitive sul punto²³, stigmatizzano l'incongruenza logica del sillogismo poiché se l'opinione del governo cogliesse nel segno, si sarebbe dovuta constatare, almeno nel periodo *ante* 1996, una drastica riduzione della realizzazione di immagini pornografiche reali. La presenza di un significativo rischio penale connesso alla loro produzione avrebbe dovuto spingerle fuori mercato, innescando così un ampio fenomeno di sostituzione delle rappresentazioni reali con immagini virtuali. Un evento che non trova alcun riscontro nella prassi applicativa e nelle statistiche ufficiali.

Tutto ciò porta a ritenere che nella composizione della domanda riguardante tali beni sussiste una netta differenziazione tra immagini pornografiche prodotte mediante l'abuso di soggetti reali e la "pornografia minorile virtuale": circostanza che rende infondata la pretesa di considerare la repressione della produzione e della detenzione di quest'ultima uno "*State compelling interest*"²⁴.

Severa è la critica anche in riferimento alla affermata impossibilità di distinguere le immagini reali da quelle virtuali: una preoccupazione "probatoria" che la Corte ritiene del tutto infondata, poiché da un esame della prassi giudiziaria non risulta che nessuno si sia mai difeso sostenendo che il materiale prodotto era realizzato mediante l'impiego di tecnologie informatiche capaci di rendere reale ciò che reale non è, né, *a fortiori*, che le Corti abbiano mai preso seriamente in considera-

te del giudice O'Connor). Cfr. anche HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, 1990², 31 ss.; FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela penale del buon costume*, Padova, 1984.

²³ "There are no substantial basis for belief that erotic materials [...] operate as significant determinative factor in causing crime and delinquency". Così, già nel 1970, le conclusioni della *President's Commission on Obscenity and Pornography*. Più di recente LEE, *Child Pornography Prevention Act of 1996: Confronting the Challenges of Virtual Reality*, 8 *S. Cal. Interdisc. L. J.*, 1996, 639 e OST, *Children at Risk: Legal and Societal Perceptions of the Potential Threat that the Possession of Child Pornography Poses to Society*, *Jour. of Law and Society*, 2002, 436 ss anche per gli ulteriori riferimenti. Cfr. però quanto osservato da KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1997³, 793 ss.

²⁴ In senso contrario l'opinione dissenziente dei giudici O'Connor, Scalia e Rehnquist. Per approfondimenti SMITH, *Private Possession of Child Pornography: Narrowing at - Home Privacy Right*, *Annual Survey of American Law.*, 1991, 1009 ss.

zione l'ipotesi di riconoscere efficacia liberatoria a siffatta eventuale prospettazione²⁵.

Non può, infine, passare sotto silenzio l'affinità di questa impostazione con alcune delle posizioni espresse dalla scienza penalistica statunitense che in più occasioni ha avuto modo di osservare che la pervicace strategia *pan-penalistica* cela il rischio di depotenziare l'obiettivo di garantire un'effettiva tutela dell'interesse tutelato. Infatti, sulla premessa che ad onta degli sforzi del legislatore penale la pornografia minorile non potrà mai essere radicalmente estirpata, si osserva che il mantenimento di un area di immunità per le ipotesi di pornografia virtuale potrebbe incentivare i produttori ed i fruitori a rivolgere le loro attenzioni esclusivamente in questa direzione, contribuendo così a "minimizzare il danno"²⁶.

Un'analisi "costi-benefici" gravata da riserve critiche già nelle sue premesse teoriche²⁷, che però introduce un elemento di salutare problematizzazione delle idealistiche "certezze" che muovono le scelte punitive del legislatore, suggerendo cautela nella descrizione dei fenomeni che si intendono reprimere e nella formulazione dei giudizi di meritevolezza e bisogno di pena ad essi relativi²⁸.

1.3 Manifestazione del pensiero

L'impostazione espressa dai supremi giudici, si discosta da alcuni significativi passaggi elaborati dalla Corte in *Ferber*, volti ad accreditare, come premessa per giustificare una generalizzata proibizione, la tesi secondo cui la diffusione della pornografia minorile non possiede alcuna seria funzione comunicativa di idee – rappresentando un ecci-

²⁵ *Brif of Petionary*, cit., in LOEWY, *Taking*, 8, nt. 33. V. anche *United States v. Fox*, 248 F. 3d 394 (CA5 2001); *United States v. Vigh*, 167 F. 3d 443 (CA8 1999); *United States v. Kimbrough*, 69 F. 3d 723 (CA5 1995); *United States v. Coleman*, 54 MJ 869 (A. Ct Crim. App. 2001).

²⁶ LOEWY, *Taking*, 9.

²⁷ Per tutti WITTIG, *Der Rationale Verbrecher*, Berlin, 1993, spec. 51 ss.

²⁸ Sull'opportunità di non trascurare questa matrice, pur respingendo la ricevibilità delle provocatorie estremizzazioni à la Posner – FRANZONI, *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003, 37 s., si veda quanto osservato, sia pure in altri contesti, da CONSENTINO, *La tutela penale contro il traffico e il consumo degli stupefacenti: l'apporto dell'analisi economica del diritto*, *Foro it.*, 1997, II, 531 ss.; EPSTEIN, *The Moral and Practical Dilemmas of an Underground Economy*, *Yale L. J.*, 1994, 2175 ss.

tamento "a un puro stato emozionale"²⁹ – il cui eventuale valore deve considerarsi modesto se non trascurabile ("the value [...] is exceedingly modest, if not the minimis"). Infatti, come osservato in *Osborne*³⁰, il significato "eccessivamente modesto" dell'interesse a poter disporre liberamente di materiale pornografico minorile, inibisce la possibilità di ritenere operante il principio di diritto elaborato in *Stanley*³¹, restando così precluso il richiamo alla clausola di salvaguardia del primo emendamento.

Nel caso di specie, tale soluzione, già vigorosamente criticata nell'opinione dissenziente in *Osborne*³², è messa in crisi dal fermo rifiuto della Corte di legittimare interventi censori del diritto penale allo scopo di controllare il pensiero dei cittadini e dall'individuazione della *ratio* giustificante l'intervento repressivo nella concreta offensività della condotta per interessi altrui. In altri termini: il valore che si intende assegnare nel "mercato delle idee" alla pedo-pornografia, non può costituire un motivo per restringere il diritto di manifestazione del pensiero al di fuori delle ipotesi in cui si riscontri la presenza di una reale offesa alla personalità dei minori coinvolti nella sua produzione.

Una chiave interpretativa illuminata dai passaggi dedicati al riconoscimento del valore fondamentale della libertà di pensiero all'interno di una società democratica – libertà che, ricorda la Corte, per essere effettiva presuppone la libera circolazione delle idee al riparo da invasioni di campo da parte dell'organizzazione statale – e ulteriormente corroborata dal riconosciuto valore dell'"interesse a essere lasciato solo [...] anche contro l'interesse del Governo"³³ che di quella libertà costituisce il presupposto³⁴.

²⁹ FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113 ss.

³⁰ *Osborne v. Ohio*, 109 ss.

³¹ "Se il primo emendamento ha un senso, allora lo Stato non può vantare alcun diritto per imporre ad un singolo uomo, solo nella sua dimora, la scelta di quali libri leggere e a quali film assistere". *Stanley v. Georgia*, 550.

³² Volendo MARRA, *La detenzione*, 435 ss.

³³ È il celebre passaggio della sentenza *Olmsted v. United States*, 277 U. S. 438, 478, 72 L. Ed. 944 (*Brandeis dissenting*) richiamato in *Stanley v. Georgia*, 548 ss.

³⁴ Si veda anche Corte Europea dei Diritti Umani *Dudgeon v. United Kingdom*, cit. in GILLESPIE, *Tinkering*, 364.

2. Sviluppi

Com'era prevedibile, la sentenza ha da subito suscitato aspre reazioni da parte di esponenti governativi, culminate nelle dichiarazioni dell'*Attorney General* Ashcroft che l'ha bollata come "*a dangerous window of opportunities for child abusers*"³⁵.

Il fuoco incrociato delle critiche ha prodotto, come risultato immediato, la presentazione di due disegni di legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: il *Child Abduction Prevention Act* e il *Child Obscenity and Pornography Protection Act*³⁶.

Quest'ultimo, che si trova già in avanzata fase di lavorazione, ha il dichiarato obbiettivo di colmare le lacune che si ritiene siano state prodotte dalla sentenza *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, caratterizzandosi, tra l'altro per:

- 1) una più precisa descrizione degli elementi essenziali dell'ipotesi delittuosa prevista dal § 2256 (8) (B);
- 2) l'introduzione di una *positive defence* per il caso in cui l'imputato dimostri che il materiale prodotto o detenuto "*non vede coinvolti minori nella sua produzione né rappresenta un tentativo di conspiracy per commettere futuri reati*";
- 3) la previsione di un'inedita fattispecie incriminatrice intitolata "*use of obscene material or child pornography to facilitate offence against minor*" (§ 1471 U. S. C.);
- 4) l'estensione delle ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale statunitense.

Una proposta di legge ricca di spunti significativi che, sulla falsariga degli insegnamenti della Corte Suprema, cerca di trovare un momento di accettabile compromesso tra le esigenze di tutela del bene giuridico, l'efficienza dell'attività di *enforcement* e le garanzie dei cittadini.

3. Scenari

La pronuncia in commento offre molteplici spunti di interesse che fuoriescono dal ristretto dibattito comparatistico.

L'evoluzione delle legislazioni nazionali sembra, infatti, muoversi

³⁵ *The New York Times*, 1 maggio 2002.

³⁶ Rispettivamente H. R. n. 1104 e 1161 in *www.house.gov*.

compatta verso la parificazione tra pornografia reale e virtuale, anche sulla spinta propulsiva proveniente dal proliferare di iniziative sopranazionali interessate ad indicare in questo risultato un passo di fondamentale importanza per l'elaborazione di strategie comuni idonee a garantire un'efficace repressione del fenomeno.

Considerando partitamente le due prospettive converrà indicare, seppur in estrema sintesi, le più importanti fonti normative elaborate in sede internazionale, per poi passare ad esaminare il quadro interno con particolare riferimento alle indicazioni *de lege ferenda* espresse dal legislatore italiano.

3.1 Convenzioni

Ai limitati fini del presente contributo è sufficiente ricordare:

a) l'art. 2 lett. c) del *Protocollo facoltativo alla convenzione sui diritti dell'infanzia riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile* approvato dall'Assemblea generale dell'ONU il 25 maggio 2000³⁷;

b) l'art. 9 comma 2 lett. b) e c) della *Convenzione sul Cybercrime* adottata dal Consiglio d'Europa il 23 novembre 2001³⁸;

c) l'art. 1 lett. b) della *Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*³⁹.

Un reticolo di prescrizioni che affonda le sue radici nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* adottata il 20.11.1989 dalle Nazioni Unite, ed in alcuni recenti auspici formulati in atti di *soft laws*⁴⁰.

L'unitaria convergenza di questi tre strumenti nell'indicare la "pornografia minorile virtuale" come fatto meritevole di pena, non deve

³⁷ "La pornografia è intesa come ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un bambino coinvolto in attività sessuali esplicite reali o simulate [...] per scopi principalmente sessuali".

³⁸ "Child pornography shall include pornographic material that visually depicts: [...] b) a person appearing to be a minor [...] c) realistic images representing a minor".

³⁹ "Ai fini della presente decisione quadro s'intende per [...] pornografia infantile: materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente [...] una persona reale che sembra essere un bambino [...] immagini realistiche di un bambino inesistente".

⁴⁰ Si vedano, ad esempio, la *Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma*; *Relazione finale del Consiglio di Tampere*; *Dichiarazione finale della conferenza UNICEF di Yokohama*.

però far dimenticare che la *Convenzione sul Cybercrime* e, seppur in misura più ristretta, la *Decisione quadro*, riconoscono ai singoli stati uno spazio “incoercibile” di discrezionalità in ordine alle decisioni riguardanti la punibilità di tali ipotesi. Un segno inequivoco della delicatezza della scelta, che mette in gioco alcuni dei diritti fondamentali della persona in nome di esigenze di prevenzione di situazioni di rischio per l’integrità del bene giuridico.

D’altra parte, il consolidarsi di iniziative di armonizzazione a livello internazionale ed europeo illustra l’acquisita consapevolezza della dimensione transnazionale di questa forma di criminalità, e porta a ritenere che il diritto dei bambini ad un corretto sviluppo fisico, mentale, spirituale e morale – compromesso in tutte le ipotesi di sfruttamento a fini sessuali – debba essere incluso nel novero degli interessi ritenuti comuni all’intera comunità internazionale, la cui violazione produce un’offesa che trascende l’esclusivo interesse delle singole comunità statuali sublimandosi in un’aggressione ad un elemento portante del senso di umanità⁴¹.

Caratterizzazione foriera di rilevanti conseguenze sul piano sistematico e applicativo⁴², che trova conforto anche nell’art. 1 della l. n. 268\98, nel riferimento allo sfruttamento sessuale di minori come nuova forma di riduzione in schiavitù e nella previsione di estese eccezioni al fondamentale principio di territorialità nell’ambito di applicazione di tali fattispecie (ad esempio: art. 604 c.p.; art. 5 c.p. svizzero; art. 222-22 c.p. francese; §§ 5 comma 8 e 6 comma 4 c.p. tedesco)⁴³.

3.2 Anticipazioni

A livello europeo le soluzioni indicate dagli strumenti internazionali in precedenza richiamati sono state anticipate dal legislatore inglese che, fin dal 1994, con una modifica al *Child Protection Act (section 7*

⁴¹ PALAZZO, *Tendenze*, 411.

⁴² AKDENIZ, *The Regulation of Pornography and Child Pornography on the Internet*, *Workin papers* reperibile in www.ssrn.com; BOISTER, *Transnational Criminal Law*, *European Journal of International Law*, 2003, 956 ss.; DELMAS - MARTY, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Law*, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, 13 ss.

⁴³ CASSANI/ROTH, *Le juge suisse au service de la “communauté des peuples?”*, (hrsg) DONATSCH et alii, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, 2002, 450 ss. e, in termini generali, BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, 51 ss.

(7)), ha equiparato la produzione e detenzione di vere immagini pedo-pornografiche alle ipotesi in cui tali condotte abbiano ad oggetto un'immagine di analogo tenore "che, anche se realizzata attraverso programmi informatici, sembra essere reale" (c.d. "pseudo-photograph").

Valorizzando la compatta opinione espressa nel corso dei lavori preparatori da alcuni *law enforcers*, la *ratio* di questa novella è stata ricondotta alla necessità di:

- prevenire la diffusione e la circolazione di materiali che potrebbero facilitare aggressioni dirette alla libertà sessuale dei minori,
- potenziare e facilitare l'attività degli apparati di controllo che, in considerazione dell'alto grado di sofisticazione ormai raggiunto dalle tecnologie informatiche, possono incontrare insormontabili difficoltà nel distinguere le immagini reali da quelle virtuali⁴⁴.

In termini più generali non si è mancato di sottolineare che la repressione della "pornografia minorile virtuale" risponde anche alla diffusa aspettativa sociale di vedere incondizionatamente neutralizzato ogni possibile fattore di rischio per l'integrità di un bene giuridico giustamente ritenuto di vitale importanza⁴⁵. Detto altrimenti: di fronte a pratiche o condotte sospettate di facilitare, anche in modo meramente eventuale, l'abuso a danno di minori, sono ben poche le persone disposte ad accettare l'idea di poter "tollerare" questo rischio, quant'anche si tratti di interventi repressivi realizzati a detrimento di diritti individuali⁴⁶.

Di recente, nell'ambito della complessa riforma del diritto penale sessuale operata dal *Sexual Offences Act* del 2003, la materia è stata oggetto di alcuni significativi interventi novellistici che, in aderenza con le indicazioni internazionali hanno determinato un generale innalzamento dell'età della persona offesa a 18 anni e l'introduzione di al-

⁴⁴ STONE, *Expanding the Labyrinth: Part VII of the CJPOA 1994*, MLR, 1995, 389 ss.; GIBBONS, *Computer Generated Pornography*, *Int. Year. Of L. Computers Techn.*, 1995, vol. 9, 83 ss.

⁴⁵ TAYLOR - QUAYLE, *Child pornography: an Internet Crime*, London, 2003, 24 ss.

⁴⁶ Cfr. AKENDIZ, *The Regulation*, 15 ss. con riferimento alle conclusioni di alcune commissioni d'inchiesta; MANCHESTER, *More about Computer Pornography*, *Crim. L. R.*, 1996, 645 ss. Nella dottrina francese l'argomento è valorizzato da LÉGER, *Les infractions de nature sexuelle commises à l'encontre de mineurs*, *Arc. de pol. crim.*, 1999, 13. Si veda però la recente sentenza della *United States Supreme Court* nel caso *Ashcroft v. American Civil Liberty Union et al.*, www.supremecourtus.gov, che ha censurato il *Child on Line Protection Act*, 47 U.S.C. § 231 in quanto comportante restrizioni eccessive alla libera manifestazione del pensiero.

cune fattispecie di nuovo conio destinate a reprimere l'incitamento, l'istigazione, lo sfruttamento e l'agevolazione della pornografia minorile⁴⁷.

Rilevanti sono state le modifiche anche sul piano extrapenale, con l'introduzione di una serie di nuovi rimedi inibitori ("*civil preventive orders*") nei confronti di coloro che, anche sulla base di un mero sospetto, siano ritenuti potenzialmente pericolosi per il benessere psicofisico dei minori⁴⁸.

Nonostante l'ampiezza dell'intervento, sono però ancora forti le perplessità in merito alla sua efficacia in quanto, si dice, la legge non si sarebbe preoccupata di affrontare con la dovuta attenzione il problema della detenzione di tutte quelle immagini non fotografiche (cartoni animati, disegni e dipinti) che un "*sex offender*" ben potrebbe utilizzare allo scopo di realizzare abusi sessuali contro minori⁴⁹.

3.3 Prospettiva interna

Sul piano nazionale una particolare menzione spetta ad un recente disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri su iniziativa dei Ministeri della Giustizia e delle Pari opportunità che, anticipando le iniziative assunte in merito dalla UE, introduce, tra l'altro, due fattispecie incriminatrici di nuovo conio: "*materiale pornografico prodotto utilizzando persone che sembrano essere minori*" (art. 600 *quater* 1) e "*pornografia virtuale*" (art. 600 *quater* 2)⁵⁰.

Nella prima ipotesi si punisce la realizzazione di rappresentazioni pornografiche anche se prodotte "*utilizzando persone che, per le loro caratteristiche fisiche, hanno le sembianze di minori degli anni diciotto*", la seconda, invece, estende le fattispecie incriminatrici previste dagli

⁴⁷ GILLESPIE, *Tinkering with Child Pornography*, *Crim Law. Rev.*, 2004, 361 ss ove si sottolinea la forte influenza della normativa sopranazionale sulle scelte del legislatore interno.

⁴⁸ SHUTE, *New Civil Preventive Orders: Sexual Offences Prevention Order; Foreign Travel Orders; Risk of Sexual Harm Orders*, *Crim. Law. Rev.*, 2004, 417 ss.

⁴⁹ GILLESPIE, *Tinkering*, 368.

⁵⁰ Il disegno di legge ha già iniziato il suo iter parlamentare. Cfr. Atto Camera dei deputati n. 4599, presentato il 13 gennaio 2004, intitolato: "*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo INTERNET*".

artt. 600 *ter* e *quater* alle ipotesi in cui il materiale pornografico "ri-trae o rappresenta visivamente realistiche immagini virtuali di minori"⁵¹.

Le fattispecie in commento si completano con l'opportuna introduzione di una speciale causa di non punibilità per le ipotesi in cui si dimostri che il materiale è stato in realtà realizzato mediante la partecipazione di soggetti maggiorenni o che è destinato a rimanere nella esclusiva disponibilità del suo autore⁵².

Di particolare interesse sono anche le motivazioni che accompagnano la proposta de *lege ferenda*. Nella relazione di accompagnamento si legge, infatti, che "in una prospettiva più ampia di prevenzione e repressione" si è ritenuto opportuno introdurre queste fattispecie incriminatrici poiché anche la "produzione e la diffusione di siffatto materiale è [...] tale da incentivare [...] comportamenti devianti, tali a loro volta, da originare ulteriori condotte lesive del bene giuridico finale della integrità psico-fisica dei minori"⁵³.

4. Estensione possibile?

Pur consapevoli delle profonde differenze che intercorrono in merito al trattamento riservato agli *hate speeches* nell'ambito europeo ed italiano⁵⁴, viene spontaneo interrogarsi sul significato che i principi di diritto sviluppati in *Ashcroft v. Free Speech Coalition* possono avere

⁵¹ Possono definirsi tali – art. 600 *quater* 2) comma 2 – le "immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali".

⁵² Problematica affrontata anche dalla sentenza in commento, che ha espresso il convincimento che una siffatta "affermative defense" potrebbe salvare le fattispecie da censure di legittimità costituzionale per violazione del primo emendamento. Resta però aperto il problema della ripartizione dell'onere probatorio. Cfr. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 160 ss.

⁵³ Relazione, 5. Non manca un riferimento all'esistenza di "obblighi" comunitari di criminalizzazione come argomento a sostegno della necessità di adottare "uno strumento [...] il più possibile efficace nel combattere, con assoluto rigore, fenomeni criminali che integrano gravissime violazioni" per il bene giuridico tutelato. L'esistenza di tali vincoli non può però rappresentare il pretesto per eludere le garanzie tipiche di ogni sistema penale orientato al fatto, nel contesto dei valori costituzionali di riferimento.

⁵⁴ Ad es. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero con principi costituzionali*, AA.VV. *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Studi in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 651 ss.

nell'analisi dell'assetto normativo che sembra prefigurarsi in ambito domestico ed internazionale.

Al riguardo sono astrattamente ipotizzabili due soluzioni, le cui fondamenta non possono però essere adeguatamente discusse nel breve spazio di questa nota⁵⁵.

Ad un primo livello, si potrebbe utilizzare il dato comparatistico come argomento di giudizio idoneo a fornire un contributo in termini di razionalizzazione dei processi argomentativi e decisori⁵⁶.

Una prospettiva, per così dire, "classica", ma non scontata, di recente impiegata dalla Corte Suprema nella sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la fattispecie che incriminava il compimento di atti di sodomia tra adulti consenzienti all'interno della propria dimora, dove la norma impugnata è stata valutata anche in relazione ad alcune decisioni rese dalla Corte Europea dei Diritti Umani ed alle evoluzioni intervenute nei principali sistemi nazionali⁵⁷.

Ad un livello più "sperimentale", in considerazione della natura transazionale dell'interesse tutelato, gli argomenti tratti dall'analisi comparata potrebbero essere considerati come formanti "ufficiali", direttamente condizionanti l'interpretazione delle pertinenti fattispecie incriminatrici, in quanto indispensabili ad attivare quel processo di "ibridazione ermeneutica" da taluno indicato come tratto caratterizzante del sistema penale internazionale⁵⁸.

Soluzione ricca di suggestioni, che nel caso in esame non sembra

⁵⁵ Valga per tutti il riferimento a ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato, Diritto penale XIX secolo*, 2002, 1 ss. (dell'estratto).

⁵⁶ Altrettanto significativa sarebbe la possibilità di disporre di dati empirici capaci di illustrare le costanti di tale forma di criminalità. Circostanza che consentirebbe al legislatore di vagliare seriamente la realtà dei bisogni di pena che caratterizzano questa materia. Una prospettiva impiegata con profitto anche dalla sentenza in commento, ma che nel contesto nazionale si scontrerebbe contro insormontabili ostacoli. Per tutti MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia, St. urb.*, 1980-81 / 1981-82, 399 ss.

⁵⁷ *Lawrence et alii v. Texas*, 44. Di segno nettamente opposto è l'opinione dissenziente dei giudici Scalia, Rehnquist e Thomas. Si afferma infatti che "*the Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibition on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since "this Court...should not impose foreign moods, fads, or fashions on American"*. Cfr anche BGHSt 1, 1951, 293 ss cit. in ESER, *Funzioni*, 13.

⁵⁸ DELMAS - MARTY, *L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, (eds.) CASSESE/DELMAS - MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002, 95 ss.; Id., *The Contribution*, 16 ss.

però del tutto appropriata, trattandosi di fattispecie al di fuori di quella ristretta cerchia di "core crimes" che costituiscono l'area elettiva di intervento del diritto penale internazionale strettamente inteso. Lo sfruttamento dei minori a fini sessuali va, infatti, ascritto ai cc. dd. "treaty crimes"⁵⁹, rispetto ai quali gli obbiettivi di armonizzazione cui mirano le diverse iniziative internazionali, pur non potendo essere realisticamente ottenuti al di fuori di un confronto comparatistico, possono tollerare che questo argomento venga utilizzato in chiave solo euristica e, dunque, non condizionante rispetto all'attività degli interpreti o alle scelte di criminalizzazione gestite a livello legislativo⁶⁰.

In ogni caso, qualunque sia il valore che si intende assegnare al dato comparatistico⁶¹, la lettura degli argomenti sviluppati dalla *United States Supreme Court* rafforza il disorientamento dell'interprete di fronte al tentativo del legislatore italiano di introdurre una fattispecie incriminatrice che prescinde, almeno nelle ipotesi di immagini pornografiche realmente virtuali, dalla presenza di un connotato di materialità della condotta; che si insinua nei luoghi di privata dimora⁶², anche attraverso pervasive forme di controllo informatico⁶³, al fine di punire un *quid* che rimane pur sempre un'espressione del pensiero o, se si preferisce, una manifestazione di libertà che trova nell'art. 2 Cost. il proprio riconoscimento⁶⁴.

Nemmeno la precisazione secondo cui "la compatibilità con i principi generali non appare in dubbio, atteso anche come la condotta presenti un oggetto materiale a contenuto illecito"⁶⁵, può eliminare la distonia di queste incriminazioni rispetto ai principi informatori del vi-

⁵⁹ BOISTER, *Transnational*, 963 anche per ulteriori riferimenti. Più in generale DELMAS - MARTY, *Global Crime calls for Global Justice*, *European Journal of Crime and Criminal Justice*, 2002, 286 ss.; Id., *The Contribution*, 24 ss.

⁶⁰ DELMAS - MARTY, *The Contribution*, 23; 25 anche per ulteriori riferimenti.

⁶¹ Significativo il silenzio serbato sul punto dalla Relazione anche nella parte dedicata all'analisi tecnico normativa del Disegno di legge.

⁶² MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, *Ind. pen.*, 1999, 51 ss.

⁶³ Cfr. l'art. 14 l. n. 269/98 e gli artt. 12 e ss. del Disegno di legge n. 4599.

⁶⁴ Corte Cost. 561/87, *Foro it.*, 1989, I, 2113 s. con nota di MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*. Diritto ricondotto all'insopprimibile garanzia dell'autonomia personale da CADOPPI, *Art. 1, Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002², 487, nt. 29. Si veda anche COSTANZO, *La libertà sessuale ha garanzia costituzionale?*, www.agora.it/pedofilia-internet.

⁶⁵ Relazione, 5.

gente sistema penale. Infatti, per riprendere gli argomenti della sentenza in commento⁶⁶, tale giudizio, confondendo il giudizio di “meritevolezza di pena” con l’opinione sull’immoralità, indecenza, e licenziosità della condotta, prescinde totalmente dall’esistenza di una reale offensività per il bene giuridico tutelato⁶⁷.

5. Assenza di norme definitorie

Il quadro che emerge dalle considerazioni che precedono è reso ancor più discutibile dall’assenza di una norma definitoria della nozione di materiale pornografico.

L’omissione costituisce un tratto saliente della disciplina nazionale che, sul punto, si discosta dai più recenti “modelli” internazionali e da alcune indicazioni fornite dal dato comparatistico⁶⁸.

L’assenza è giustificata dall’*“estrema difficoltà [...] di fornire una definizione di pornografia prescindendo dai contesti in cui i comportamenti siano, nelle varie ipotesi, tenuti”*. Circostanza che, secondo i proponenti, impone di mantenere *“il riferimento alla pornografia come elemento elastico della fattispecie, definito attraverso un concetto extra-giuridico e suscettibile di essere “riempito” di contenuto nel caso concreto”*⁶⁹.

⁶⁶ Ancor più radicale la critica dei giudici Brennan, Marschall e Stevens nella già citata *dissenting opinion* in *Osborne v. Ohio*, ove è messa in dubbio persino la necessità di prevedere l’autonoma rilevanza penale della detenzione di materiale pedo-pornografico. Per ulteriori approfondimenti si consenta il rinvio a MARRA, *La detenzione*, 435 ss. V. anche PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovazione e trasmutazione del diritto penale dei codici?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1224.

⁶⁷ Spunti in PICOTTI, *Pornografia minorile*, 296 ss.

⁶⁸ Interventi definitori sono contenuti, ad esempio, nel § 184 comma 5 StGB, nell’art. 197 comma 3 c.p. svizzero, nella *section 7 Protection of Children Act* inglese e nel § 2256 18 U. S. C. Allineate alla soluzione interna sono, invece, la normativa spagnola (art. 186), francese (art. 227-23) e croata (art. 196).

⁶⁹ Relazione, 4. Una soluzione foriera di perniciosi effetti anche sul piano processuale. Cfr. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 568 ss. e PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, *Ind. pen.*, 1999, 529 ss. e, con specifico riferimento alla l. n. 269/98, MANNA, *Profili*, 47 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, *Pol. dir.*, 2000, 637 ss. V. anche *Lawrence et alii v. Texas*, 43.

Tralasciando l'approfondimento dei profili di sostanziale indeterminatezza di tale omissione, la principale preoccupazione è legata al fatto che una scelta di questo genere, come ben dimostra l'esperienza comparata⁷⁰, introduce un ulteriore fattore di crisi della necessaria dimensione oggettiva dei fatti di reato⁷¹, prestandosi ad una evoluzione soggettivistica dell'esegesi delle pertinenti incriminazioni che finisce per accentuare lo slittamento della prospettiva di tutela verso la repressione del vizio⁷².

5. Conclusioni

Queste impressioni a prima lettura sono ben lungi dal fornire risposte definitive ad un problema così complesso e articolato. Certi che questi temi non lasceranno indifferente la scienza penalistica italiana, *rebus sic stantibus* si può concludere richiamando il pensiero di un maestro del diritto costituzionale il quale, in una fondamentale opera dedicata all'approfondimento della garanzia di cui all'art. 21 Cost., osservava che "quando vi sia [...] collisione tra il diritto di libertà di manifestazione del pensiero e un altro bene giuridico...non dovrà giustificarsi in ogni caso il sacrificio del primo [...]:occorrerà [...] operare un giudizio di prevalenza o soccombenza del valore [...] dei due interessi costituzionali [...] contrapposti": compito di esclusiva spettanza del legislatore, da effettuarsi nel rispetto di un "unico canone...quello di ragionevolezza"⁷³.

Un limite⁷⁴ che sembra eluso anche in tutti i casi in cui si pretenda di giustificare la soppressione della libertà di manifestazione del pensiero per presuntive incompatibilità logiche⁷⁵ o in nome di progno-

⁷⁰ Volendo MARRA, *La detenzione*, 437 ss.

⁷¹ Cfr. le motivazioni della sentenza canadese nel caso *R. Pecchiari* [1995] 22 O.R. (3d) 748 ss. ove si afferma che la produzione di materiale pedo-pornografico virtuale, sebbene priva di profili di reale offensività nei confronti dei minori, deve essere punita in quanto attività che prova le tendenze "pedofile" dell'autore.

⁷² BURKE, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, *Harv. J. on Leg.*, 1997, 460. Su rischi connessi ad una eccessiva soggettivizzazione si consenta il rinvio a MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni Unite*, *Cass. pen.*, 2001, 427 ss.

⁷³ BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 83.

⁷⁴ Ampiamente analizzato, anche nel contesto penalistico, da MORRONE, *Il giudice della ragionevolezza*, Milano, 2001, spec. 192 ss.; 219 ss.

⁷⁵ FOIS, *Principi costituzionali*, 113 ss.

si di pericolosità fondate su “*nessi causali indiretti ed eventuali*” o, se si preferisce, frutto di valutazioni arbitrarie ed impermeabili alla valutazione empirico-criminologica⁷⁶.

⁷⁶ FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 50 ss.