

Diffusione di materiale pedopornografico: non basta l'uso di programmi di file sharing per provare il dolo

di *Lorenzo Nicolò Meazza*

Nota a CASS. PEN., SEZ. II, 2 DICEMBRE 2013 (UD. 29 OTTOBRE 2013), N. 47820
PRESIDENTE TERESI, RELATORE ORILIA, P.G. FRATICELLI (CONCL. DIFF.)

Massima

Per potersi ritenere integrata l'ipotesi di reato di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p., non è sufficiente la prova della volontà di procurarsi materiale pedopornografico, ma occorre, altresì, dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, consistente nella specifica volontà di distribuzione, divulgazione o diffusione, che deve essere desumibile da elementi specifici e ulteriori rispetto al mero uso di programmi di file sharing.

Il commento

Sommario: *1. Premessa: i programmi di file sharing - 2. L'art. 600-ter comma 3 c.p. - 3. Dolo e programmi di file sharing - 4. I precedenti giurisprudenziali - 5. Conclusioni*

1. Premessa: i programmi di file sharing

Prima di procedere all'analisi della sentenza, è necessario spendere qualche breve cenno sul funzionamento dei programmi di *file sharing*, sul concetto di *peer-to-peer* (o *p2p*) e sul loro utilizzo comune. Per *file sharing* si intende la condivisione (dall'inglese, "*share*") di *file* all'interno di una rete di computer collegati tra loro, che comporta appunto una messa in condivisione di risorse attraverso una rete *client-server* oppure *peer-to-peer* tramite *software client* per lo scambio di *file*¹.

In sostanza, il *file sharing* è quel sistema che permette a più utenti (o "nodi") di un'architettura logica di rete informatica di condividere tra loro e all'interno di tale medesima piattaforma diversi *file*².

¹ RICCI, *File sharing e attività illecite*, in AA. VV., *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie informatiche*, a cura di Cassano e Cimino, Cedam, 2009, p. 601.

² «Un file è una sequenza di byte organizzata ed archiviata come un singolo elemento in una memoria di massa: qualsiasi elemento creativo (immagini, suoni, testi) può essere digitalizzato e diffuso tramite internet». RICCI, *File sharing*, cit., p. 601.

In particolare, sia nel caso affrontato dalla sentenza in esame, che nella maggior parte delle ipotesi che si verificano nella realtà fenomenica, lo scambio e la condivisione dei dati tra i diversi nodi avviene secondo un'architettura *peer-to-peer* (pari a pari), nella quale i nodi - a differenza del sistema *client-server* - non sono fissi e stabili, ma equivalenti e paritari e ogni utente può agire sia da servente che da cliente verso gli altri terminali della rete (*host*), potendo così avviare e completare qualsiasi operazione³; ogni utente si trova, pertanto, a scaricare e mettere ulteriormente in condivisione il materiale al tempo stesso⁴. L'utilità principale di questi sistemi è, quindi, quella di poter condividere e scambiarsi ogni tipo di *file* da ogni terminale nell'ambito della rete internet ed è possibile per ogni singolo utente cercare e scaricare qualsiasi risorsa tramite una struttura decentralizzata.

Uno dei programmi di *file sharing* più popolare in Italia è proprio quello citato dalla sentenza della Cassazione, ossia *eMule*, *software* per la condivisione di *file* che si appoggia alle reti *peer-to-peer* *eDonkey* e *Kad*.

Con il sistema di condivisione di *eMule*, sostanzialmente, un utente nel momento stesso in cui cerca e scarica i *file* desiderati dai vari server connessi al *network*, contestualmente mette in automatico a disposizione di tutta la rete i *file* scaricati contenuti nel proprio *hard disk* o in quella parte di esso destinata alla condivisione⁵. E nelle impostazioni di *default* i *file* di *download* e quelli condivisi vengono allocati in una medesima cartella, in modo che tutte le risorse scaricate rimangono a disposizione del *network* e possono essere a loro volta nuovamente condivise da diversi utenti.

Il *file sharing* propriamente detto, infatti, non prevede ipotesi di *download* senza *upload* ed è, pertanto, necessaria una specifica condotta dell'agente di rimozione della risorsa dall'apposita cartella di condivisione per evitare che il *file* - non solo una volta scaricato, ma anche durante il *download* - venga a sua volta immesso nella stessa rete e condiviso ulteriormente da un numero indeterminato di utenti⁶.

Il *file sharing*, in considerazione della facilità di utilizzo, dei costi esigui, delle tempistiche ridotte e della funzione di ricerca di dati su base globale, idonea a permettere la condivisione di una quantità sterminata di risorse, è diventato, a partire dalla fine degli anni '90 - con il *software* "*Napster*" - un vero e proprio strumento di massa.

³ RICCI, *File sharing*, cit., p. 603.

⁴ PROSPERETTI, *La circolazione delle opere digitali*, in AA. VV., *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, a cura di Cassano, Scorza e Vaciago, Cedam, 2013, p. 1190.

⁵ DESTITO, DEZZANI, SANTORIELLO, *Il diritto penale delle nuove tecnologie*, Cedam, 2007, p. 43 ss.

⁶ RICCI, *File sharing*, cit., p. 604.

Se da un lato, quindi, questi programmi – del tutto leciti –, così come l'intero sistema internet, costituiscono uno strumento rapido ed efficace per ottenere informazioni, dati e, più in generale, per comunicare con un vastissimo numero di persone, d'altro lato gli stessi sembrano presentare una indiscussa capacità criminogena. Essi si rivelano, infatti, potenzialmente idonei a divenire veri e propri canali preferenziali in grado di agevolare condotte illecite per l'estrema difficoltà di un intervento concreto ed efficace dell'autorità giudiziaria per bloccare una rete *peer-to-peer*⁷, per l'anonimato dei soggetti che agiscono nella rete, per la transnazionalità degli stessi e, infine, per la loro capacità di operare su vastissima scala con un numero indefinito di utenti⁸.

2. L'art. 600-ter comma 3 c.p.

Al fine di colpire le condotte di diffusione di materiale pedopornografico, che trovano terreno particolarmente fertile proprio nella trasmissione attraverso la rete internet e, in particolare, per mezzo dei programmi di *file sharing*, il legislatore ha introdotto, in via sussidiaria rispetto alle ipotesi di cui ai due commi precedenti⁹ e anticipando rispetto a esse la tutela penale del bene giuridico protetto¹⁰, la fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p., che punisce¹¹ chiunque «con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto».

Tale fattispecie criminosa, collocata tra i delitti contro la personalità - intendendosi lo sfruttamento sessuale del minore come una nuova forma di riduzione in schiavitù funzionale allo sfruttamento anche economico del soggetto infradiciottenne¹² - è stata

⁷ RICCI, *File sharing*, cit., p. 603. Difficoltà sia di carattere tecnico, che per gli aspetti transnazionali legati alle reti.

⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, vol. I, Giuffrè, 2008, p. 176; CONI, *Il diritto penale d'autore alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale ed europea*, in *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, a cura di Cassano, Scorza e Vaciago, Cedam, 2013, pp. 1540 ss.

⁹ Che puniscono chi «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. (...) chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma».

¹⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 175; CARCANO, *Manuale di diritto Penale, Parte Speciale*, Giuffrè, 2010, p. 890; PISTORELLI, *Codice Penale Commentato, Dei Delitti contro la persona*, a cura di Marinucci e Dolcini, *sub art. 600-ter*, IPSOA, 2011, p. 5748.

¹¹ Reclusione da uno a cinque anni e multa da euro 2.582 a euro 51.645.

¹² CARBONI, *Dolo ed errore nella diffusione del materiale pedopornografico*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, p. 182; PISTORELLI, *Codice Penale Commentato*, cit., p. 5739.

introdotta dall'art. 3 della l. 3 agosto 1998, n. 269¹³, mentre la l. 1 ottobre 2012, n. 172¹⁴, pur non modificando direttamente la disposizione di cui al comma 3, ha introdotto, al comma 7 dell'art. 600-ter c.p., per la prima volta nel nostro ordinamento una definizione di pornografia minorile, intesa come «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»¹⁵.

Il bene giuridico tutelato dall'intero corpo normativo di cui all'art. 600-ter c.p. è l'interesse al sano e corretto sviluppo della persona e crescita del minore, in tutti i suoi aspetti fisici, psichici, spirituali, morali e sociali, ossia la salvaguardia della formazione della sua intera personalità¹⁶. L'ordinamento offre, quindi, una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo anche quei comportamenti prodromici che possano mettere a repentaglio il suo equilibrio psicofisico e immergerlo nel circuito perverso della pedopornografia¹⁷.

Parte della dottrina ha osservato come il reato in esame sia da considerarsi plurioffensivo, posto a tutela non solo della formazione psicofisica del minore, ma anche della sua intangibilità e libertà sessuale, nonché della sua dignità umana¹⁸.

Oltre alle fattispecie di divulgazione e diffusione, al fine di apprestare una maggior tutela dei beni giuridici descritti¹⁹, al comma 4 dell'art. 600-ter c.p. viene disciplinata la condotta simile e residuale rispetto a quella prevista dal comma precedente - pertanto sanzionata

¹³ Modificata ad opera dell'art. 2 della l. 6 febbraio 2006, n. 38.

¹⁴ Legge che ha disposto la ratifica e l'esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, sottoscritta a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

¹⁵ Prima di tale definizione, la giurisprudenza della Cassazione aveva ricondotto alla nozione di materiale pedopornografico ogni rappresentazione con qualsiasi mezzo di un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere la semplice esibizione lasciva di genitali o della zona pubica (Cass. Pen., Sez. III, 4 marzo 2010, n. 10981 in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 973), senza richiedere, quindi, il compimento di atti sessuali, ma anche solo ricomprendente un'immagine di corpi nudi con zone genitali in mostra, idonea ad eccitare le pulsioni erotiche del fruitore (Cass. Pen., Sez. III, 3 marzo 2010, n. 21392, in *C.E.D. Cass.*, n. 247601), risultando così assolutamente di rilievo la valutazione della natura erotica delle pose e dei movimenti del minore (Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2004, n. 2546, in *C.E.D. Cass.*, 2005, p. 3497).

¹⁶ BIANCHI, DELSIGNORE, *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Cedam, 2009, p. 44 ss.; FIANDACA, MUSCO, *I delitti contro la persona*, in *Diritto penale Parte speciale*, vol. II tomo I, Zanichelli, 2013, p. 170 ss.; MESSINA, SPINATO, *Diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 632 ss.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2983; PISTORELLI, *Codice Penale Commentato*, cit., p. 5742.

¹⁸ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale I*, Cedam, 2011, p. 440 ss.; PISTORELLI, *Codice Penale Commentato*, cit., p. 5739.

¹⁹ Procedendo nel climax discendente di grado di lesione dai commi uno a sei dell'art. 600-ter c.p.

più lievemente²⁰ - di chi «offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma». Il sottile discrimine tra il comma 3 e il comma 4 dell'articolo in commento si può individuare, pertanto, nella circostanza che, a differenza delle attività di offerta o cessione - che sono lo specchio di un carattere più "privato" del comportamento dell'agente -, la condotta incriminata dal comma 3 dell'art. 600-ter c.p. consiste nel mettere a disposizione il materiale pedopornografico (oltre alle informazioni per l'adescamento o lo sfruttamento) a un numero indeterminato o comunque rilevante, se determinato, di persone, in modo tale che l'oggetto materiale del reato risulta sostanzialmente sottratto alla sfera di disponibilità del reo²¹, che non può più esercitare su di esso alcun tipo di controllo sull'ulteriore diffusione. Viceversa, sarà integrato il comma 4 qualora l'offerta o la cessione siano rivolte a un solo soggetto specifico o a una cerchia ristretta di utenti determinati, come può avvenire, per esempio, mediante l'invio del materiale allegato a un'e-mail diretta a pochi e definiti destinatari.

La differenza risiede proprio nella specifica idoneità del mezzo utilizzato a rendere possibile il trasferimento e la condivisione del materiale pedopornografico messo a disposizione dall'agente a molteplici, se non addirittura indeterminati e indeterminabili soggetti, realizzandosi una vera e letterale divulgazione dei dati e non solo una singola e occasionale trasmissione tra un numero limitato di destinatari²².

Nel caso di diffusione di dati tramite la rete internet, il discrimine tra le due differenti figure criminose potrà individuarsi accertando nel caso concreto il tipo di comunicazione: "aperta", che permette un accesso al materiale a un numero indeterminato di destinatari e quindi un'autentica divulgazione (come avviene proprio con l'utilizzo dei programmi di *file sharing*, oppure mediante il caricamento del materiale su un sito web), oppure "chiusa", che invece permette la trasmissione del materiale a soggetti limitati e determinati (come il sopracitato caso dell'invio tramite posta elettronica)²³.

Basandosi sul dato letterale dell'art. 600-ter c.p., che al comma 4 indica espressamente che la cessione può avvenire «anche a titolo gratuito» - mentre nessun cenno a un qualsiasi corrispettivo economico della condotta è riportato nel precedente comma 3 -, una parte

²⁰ Reclusione fino a tre anni e multa da euro 1.549 a euro 5.164.

²¹ FIANDACA, MUSCO, *I delitti contro la persona*, cit., p. 175-176; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 440; PICOTTI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, *sub art. 600-ter comma 3 c.p.*, CEDAM, 2002, p. 185 ss.; Cass. Pen., Sez. III, 14 luglio 2000, n. 2842, in *Riv. pen.*, 2001, p. 59.

²² RICCI, *File sharing*, cit., p. 614; Cass. Pen., Sez. III, 7 dicembre 2006, n. 593, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 2446.

²³ RICCI, *File sharing*, cit., p. 615-616; Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 2001, n. 5397, in *Riv. pen.*, 2002, p. 333.

della dottrina, nell'ottica di limitare la repressione penale ai fatti realmente offensivi del bene giuridico, esige, perché si integri l'ipotesi di cui all'art. 600-*ter* comma 3 c.p., anche un *quid pluris* rispetto alla diffusione a soggetti indeterminati, ossia il conseguimento di un profitto illecito da parte del suo autore²⁴.

Per avere un quadro più esaustivo della tutela penale apprestata dal legislatore, è necessario, infine, richiamare anche l'art. 600-*quater* c.p., che punisce²⁵, in via residuale rispetto alle ipotesi di cui all'articolo precedente²⁶, la condotta passiva di chi non divulga o trasmette *file* illeciti, ma si limita a procurarsi o detenere consapevolmente tale materiale.

Passando ora all'esame della sentenza della Suprema Corte, è necessario premettere come l'elemento soggettivo richiesto per l'integrazione della fattispecie di distribuzione o divulgazione di materiale pedopornografico – reato istantaneo, che può concretizzarsi anche in un solo atto²⁷, e di pericolo concreto²⁸ – sia costituito secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale univoco dal dolo generico²⁹.

3. Dolo e programmi di file sharing

Nella sentenza della Corte di Cassazione in commento la questione principale riguarda proprio la configurabilità dell'elemento psicologico richiesto dall'art. 600-*ter* c.p. nell'ipotesi di utilizzo di programmi di *file sharing*.

Se da un lato è chiaro, difatti, come il mero utilizzo di tali *software* sia idoneo a configurare l'elemento oggettivo della fattispecie criminosa in esame, in quanto i suddetti programmi permettono la concreta possibilità di diffusione dei dati a un numero indeterminato di persone³⁰ (e quindi l'integrazione dell'ipotesi di cui al comma 3), d'altro canto bisogna chiedersi se sia sufficiente un utilizzo consapevole di tali strumenti per provare la sussistenza del reato in esame.

²⁴ GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – Parte Speciale, Tomo II*, Nel Diritto, 2013, p. 526 ss.; MESSINA, SPINNATO, *Diritto penale*, cit. p. 638 ss.

²⁵ Reclusione fino a tre anni e multa non inferiore a euro 1.549, pene aumentate fino ai due terzi in caso di ingente quantità del materiale.

²⁶ Costituendone antecedente non punibile, che ne esclude il concorso.

²⁷ Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2010, n. 42509, in *C.E.D. Cass.*, n. 248762; Cass. Pen., Sez. III, 30 novembre 2006, n. 698, in *C.E.D. Cass.*, n. 236073.

²⁸ MESSINA, SPINNATO, *Diritto penale*, cit., p. 637 ss.; Cass. Pen., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2983.

²⁹ FIANDACA, MUSCO, *I delitti contro la persona*, cit., p. 177; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 526 ss.; PISTORELLI, *Codice Penale Commentato*, cit., p. 5752; MESSINA, SPINNATO, *Diritto penale*, cit., p. 638 ss.

³⁰ Cass. Pen., Sez. III, 7 dicembre 2006, n. 593, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 2446; Cass. Pen., Sez. III, 8 giugno 2006, n. 23164 in *Riv. pen.*, 2007, p. 669.

Da questo presupposto prende le mosse la Corte di Appello di Lecce che, con sentenza del 24.10.2012, ha condannato l'imputato, ai sensi dell'art. 600-ter, commi 3 e 5³¹, c.p., per il reato di divulgazione e diffusione continuata di materiale pedopornografico scaricato proprio attraverso il programma di *file sharing* eMule³².

La Corte pugliese, confermando la sentenza di primo grado, ha ritenuto integrata la fattispecie di divulgazione di materiale pedopornografico in base al dato quantitativo dello scaricamento di numerosi *file* dalla rete utilizzando un programma *peer-to-peer* e sulla scorta della circostanza che, avendo l'agente tenuto il computer acceso anche di notte, avrebbe così favorito la maggior visibilità del materiale e, quindi, la divulgazione dello stesso.

Il difensore dell'imputato ha proposto ricorso in Cassazione, denunciando tre motivi, dei quali rileva, ai nostri fini, esclusivamente il primo, fondato sulla supposta inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, oltre che sul vizio di motivazione, per avere considerato la condotta del ricorrente come diffusione e non come detenzione di materiale pedopornografico.

La Corte di Cassazione ha accolto le doglianze della difesa in relazione al citato motivo, censurando l'*iter* argomentativo della Corte di Appello di Lecce, in quanto «non corretto, né esauriente». Al fine di sussumere fondatamente la condotta dell'imputato all'interno dell'ipotesi di divulgazione di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. e non nella fattispecie ben più lieve di sola detenzione di cui all'art. 600-quater c.p., a giudizio della Suprema Corte, la motivazione della sentenza impugnata avrebbe dovuto dare conto dei necessari accertamenti volti a verificare se il dolo del soggetto fosse indirizzato al mero procacciamento di materiale illecito o, altresì, alla successiva divulgazione e diffusione in rete dei *file* in precedenza scaricati.

L'utilizzo di programmi di *file sharing* per scaricare materiale pedopornografico si può prestare, infatti, a essere inquadrato, quanto a condotta, sia nell'art. 600-ter, comma 3 c.p., che nell'art. 600-quater c.p., nel caso in cui il soggetto intenda esclusivamente procurare per se stesso i *file* illeciti. Il vero punto di discriminazione risiede, quindi, proprio nell'elemento soggettivo dell'agente, al cui accertamento, che non può essere trascurato, dovranno essere indirizzati più accuratamente gli sforzi del giudice. Secondo la Cassazione, perché si

³¹ Condotte aggravate dalla ingente quantità dei *download*.

³² La sentenza in commento annovera anche il software *TotalCmd*, che in realtà non è un *peer-to-peer*, ma un semplice *file manager* – con possibilità di *download* e *upload* unicamente via FTP, non certo afferente al caso in esame. In una precedente pronuncia, la Cassazione si era occupata, traendone analoghe conclusioni, anche di un altro programma di *file sharing*, "*Limerwire*", *client p2p* appoggiato alla rete *Gnutella*. Cass. Pen., Sez. III, 25 ottobre 2012, n. 44914, in *C.E.D. Cass.*, n. 253558.

possa ritenere integrato il dolo richiesto dall'art. 600-ter, comma 3 c.p., non è sufficiente l'impiego di programmi di *file sharing*, ma deve svolgersi un preciso accertamento delle singole modalità di utilizzo nel caso concreto di tali *software*.

A giudizio della Corte, pertanto, il mero uso di un programma di *file sharing* tipo *eMule* per procurarsi dei *file* illeciti non è in grado, da solo, di integrare la fattispecie di divulgazione, esclusivamente in virtù del fatto che il materiale, mentre viene scaricato, è contestualmente e automaticamente messo a disposizione per l'*upload* ad altri utenti. Se si fondasse la responsabilità solamente su tale argomento, prosegue la Corte, saremmo in presenza di un'autentica presunzione *iuris et de iure*, e, come tale, in contrasto con l'art. 27, comma 1, della Costituzione: non rilevando l'elemento soggettivo, ci troveremmo di fronte a una ipotesi di responsabilità oggettiva. A giudizio della Cassazione, quindi, per ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 600-ter, comma 3 c.p., non è sufficiente la realizzazione della condotta materiale, ma è richiesta anche una precisa adesione psicologica alla stessa. Lo impone un'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema penale: l'art. 27, comma 1 Cost., nel momento in cui richiede una ascrizione di responsabilità per fatto proprio e, per di più, colpevole, esclude che nei confronti di eventi non riconducibili alla sfera rappresentativa e volitiva dell'agente possa essergli mosso un rimprovero³³. La linea interpretativa opposta non solo sarebbe in palese contrasto con l'art. 27, comma 1 Cost., ma, anche, con l'art. 27, comma 3 Cost., in quanto non sarebbe possibile intraprendere un processo di rieducazione di un soggetto in relazione a fatti a lui non psichicamente riconducibili³⁴. Qualsiasi fatto, previsto come reato, deve essere sempre e costantemente sostenuto da un coefficiente di colpevolezza del soggetto: in relazione all'ipotesi in esame, va provata la specifica volontà di diffondere il materiale incriminato. A giudizio della Cassazione, nel caso sottoposto al suo giudizio, la Corte di merito ha tralasciato di accertare l'esistenza del coefficiente di colpevolezza, soffermandosi esclusivamente sulla commissione del fatto.

4. I precedenti giurisprudenziali

Pare necessario a questo punto evidenziare come la sentenza in commento si inserisca nel solco di un orientamento precedente, che ha respinto, con forza, quell'interpretazione, presente nella giurisprudenza di merito, volta a ravvisare l'integrazione del reato di

³³ PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2011, p. 304 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Giappichelli, 2011, p. 30 ss.

³⁴ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. p. 305.

diffusione e divulgazione di materiale pedopornografico, esclusivamente sull'utilizzo di particolari programmi in rete.

Una precedente statuizione della Corte di legittimità, chiamata a pronunciarsi su una questione di diritto analoga, si era persino spinta nella direzione di tutelare lo stesso utilizzo dei programmi di *file sharing* contro i possibili pregiudizi che sarebbero derivati da indiscriminate condanne per il reato di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p. ai danni di soggetti in buona fede, ossia privi della consapevolezza di diffondere nella rete materiale pedopornografico. La Suprema Corte ha ritenuto, infatti, come la divulgazione di notizie relative al coinvolgimento penale di soggetti in buona fede diffonderebbe anche un «messaggio di pericolosità oggettiva» sull'uso di questi programmi, che potrebbe determinare una diminuzione del numero degli utenti e, di conseguenza, la scomparsa dei programmi stessi. *Software* che, invece, se utilizzati per lo scambio di *file* leciti (come, per esempio, opere diffuse dagli autori, o divenute di pubblico dominio, o risalenti nel tempo e introvabili, ecc.) costituiscono un importante strumento di diffusione della cultura e partecipano quindi della relativa protezione³⁵.

Nella stessa sentenza la Cassazione ha precisato altresì come, nella maggior parte dei casi, la prova della diffusione o divulgazione del materiale pornografico prodotto utilizzando minori degli anni diciotto, senza incorrere in presunzioni illegittime, potrà facilmente ricavarsi dal fatto che l'agente abbia volontariamente inserito o lasciato il materiale in una cartella contenente i *file* destinati alla condivisione (fatta salva l'ipotesi di un'eventuale ignoranza incolpevole del contenuto illecito del *file* che abbia un titolo falso). Come anticipato, infatti, nei programmi di *file sharing* tutto il materiale scaricato viene automaticamente posizionato in una cartella in condivisione con lo stesso *network* dal quale è avvenuto il *download*, permettendo così l'ulteriore diffusione. Conseguentemente, nell'ipotesi in cui venga appositamente inserito in questa cartella un *file*, ovvero qualora il materiale scaricato sia mantenuto nel tempo nella stessa cartella di condivisione da un soggetto consapevole del funzionamento dei *software* di *file sharing*, allora potrà essere dimostrato l'elemento soggettivo della divulgazione.

Se, invece, il soggetto detenga *file* che si trovino ancora in fase di *download*, oppure provveda a eliminare o spostare tali contenuti dalla cartella condivisa una volta compiuto lo scaricamento, potrà presumersi soltanto una volontà del soggetto di scaricare, ossia di procurarsi il file (art. 600-*quater* c.p.) e non anche di diffonderlo.

³⁵ Cass. Pen., Sez. III, 7 novembre 2008, n. 11169, in *C.E.D. Cass.*, n. 242992.

Un'analisi più dettagliata della condotta nel caso concreto dell'agente è richiesta anche da un'altra pronuncia della Cassazione, che ha ribadito come, al fine di una fondata ricostruzione della fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p., non sarebbero sufficienti presunzioni del tutto generiche o frasi di stile, come per esempio quelle relative alla conoscenza del programma da parte del soggetto, in quanto tale circostanza non implica necessariamente anche una volontà di diffusione. Occorre, invece, valutare il comportamento complessivo tenuto in concreto dal soggetto, anche per mezzo dell'esame dei *log file* (che registrano le azioni svolte su un calcolatore), o la circostanza che lo stesso usi trasferire in altra cartella o in altro supporto i *file* scaricati o, al contrario, sia solito inserirli appositamente nella cartella dei file posti in condivisione³⁶.

Tali concetti sono stati riproposti anche in un'altra decisione della Corte di legittimità, che si è altresì premurata di redigere una sorta di prontuario di elementi rilevatori della volontà di divulgare quali: a) la circostanza che non tutti i *file* illeciti erano posti nella cartella di condivisione del programma *eMule*; b) che il materiale incriminato presente sul computer dell'agente era reso disponibile per il *download* di altri utenti e i dati erano stati effettivamente scaricati; c) che la condivisione dei file non era occasionale, ma avvenuta nel corso di un lasso temporale ben preciso e il soggetto aveva operato una selezione dei file da condividere; d) che i titoli dei file posti in condivisione rendevano immediatamente comprensibile il loro contenuto pedopornografico; e) che la diffusione di tale materiale non coincideva con il solo momento del *download*, ma era avvenuta più volte nel tempo, con la conseguenza che il programma non era stato utilizzato solo per procurarsi il materiale in questione³⁷. Dalla presenza di queste precise condotte e non solo dal mero utilizzo di un programma di *file sharing*, si potrà ritenere integrata, a giudizio della Corte, la divulgazione del materiale illecito³⁸.

Sulla scorta di questi fondamentali parametri, si potrà, così, più facilmente distinguere tra la detenzione del materiale pedopornografico (che integra la condotta di cui all'art. 600-*quater* c. p.) dalla divulgazione e diffusione del materiale consapevolmente già procurato e detenuto (art. 600-ter, comma 3, c.p.). Dalla mera utilizzazione di un programma di *file sharing* adoperato per procurarsi e detenere *file* pedopornografici non si può, quindi, automaticamente presumersi anche la volontà della diffusione. L'elemento soggettivo dell'agente che mira, oltre che a procurarsi, anche a diffondere il materiale incriminato,

³⁶ Cass. Pen., Sez. III, 10 novembre 2011, n. 44065, in *C.E.D. Cass.*, n. 251401; Cass. Pen., Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 11082, in *C.E.D. Cass.*, n. 246596

³⁷ Cass. Pen., Sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46736, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 177; CORBETTA, *Il dolo nel delitto di divulgazione di materiale pedopornografico*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pag. 177.

³⁸ PITTARO, *Necessaria presenza del dolo nella divulgazione*, in *Famiglia e diritto*, 2013, n. 4, p. 399.

dovrà semmai essere dedotto, per esempio, dal fatto che l'autore inserisca volontariamente il materiale nella cartella di condivisione, mentre, analogamente, potrà desumersi l'assenza di una volontà di diffusione da un comportamento opposto, come quello di chi sia solito non mettere in condivisione i file scaricati, nonostante alcuni di essi possano restare automaticamente nella cartella condivisa³⁹.

5. Conclusioni

Essendosi così delineato un quadro delle problematiche afferenti all'utilizzazione dei programmi di *file sharing*, non si può non condividere l'approccio garantistico di questo indirizzo giurisprudenziale, ulteriormente corroborato dalla pronuncia in commento, secondo il quale la mera volontà di procurarsi del materiale illecito con un tale programma non implica, di per sé e senza altri elementi di riscontro, sempre e necessariamente anche la volontà di diffonderlo. Una diversa interpretazione verrebbe a configurare un'autentica presunzione *iuris e de iure* di volontà di diffusione, una sorta di responsabilità oggettiva, dunque, fondata esclusivamente sul fatto che, per procurarsi il materiale incriminato, l'agente ha utilizzato un determinato programma di condivisione e non metodi diversi. Una simile ricostruzione sarebbe in contrasto con l'interpretazione costituzionalmente orientata del principio di colpevolezza, che risulta prevalente anche rispetto a qualsiasi esigenza di politica criminale⁴⁰.

³⁹ Cass. Pen., Sez. III, 7 novembre 2008, n. 11169, in *C.E.D. Cass.*, n. 242992.

⁴⁰ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. p. 307.