

***Il fenomeno del deep-fake e il diritto penale
tra tutela dell'immagine e autodeterminazione sessuale***

Costanza Corridori¹

Sommario: 1. *Il fenomeno del deep-fake e il diritto penale.* - 2. *Il revenge porn ai tempi del deep-fake.* - 3. *La pornografia virtuale e il deep-fake.* - 4. *L'adescamento di minori attraverso le tecniche di deep-fake.*

1. Il fenomeno del deep-fake e il diritto penale

La straordinaria somiglianza tra i sistemi di intelligenza artificiale e le azioni dell'essere umano genera notevoli fraintendimenti che possono essere sfruttati dai criminali a loro comodo. Infatti, è possibile realizzare truffe *on-line* attraverso l'utilizzo di *chatbot* che, oltre alle loro potenzialità lecite, possono instaurare conversazioni realistiche con le vittime facendole cadere in errore. Inoltre, tramite il fenomeno del c.d. *deep-fake* (unione tra le parole "*deep learning*" e "*fake*") è possibile utilizzare l'intelligenza artificiale per diffondere video falsi riguardanti una specifica persona rappresentando un evento nei fatti mai accaduto.

Il termine nasce nel 2017 quando un utente del *social network* *Reddit*, il cui *nickname* era "*deepfakes*", utilizzò tale tecnologia per sostituire i volti di attori di video pornografici con quelli di personaggi famosi.

I *deep-fake* sono immagini o video in cui attraverso l'utilizzo dell'intelligenza artificiale viene riprodotto in modo realistico il volto e le movenze di un soggetto in base alla volontà dell'autore. In tal modo si creano falsi difficili da riconoscere. Si riesce infatti a realizzare uno scambio di volto molto realistico e quasi impercettibile grazie ad algoritmi di autoapprendimento che mappano il volto, generando una contraffazione fortemente realistica di materiali visivi preesistenti facendo sembrare vero ciò che non è mai accaduto.

¹ *Costanza Corridori*, cultrice di diritto penale Università Luiss -Roma e tirocinante presso la Corte di cassazione ex art. 73 d.l. 2013,n.69.

Essi non possono essere considerati di per sé dannosi in quanto permettono di alterare i volti anche per scopi legittimi (come l'anonimizzazione di una pubblica denuncia di violenza e la realizzazione di film, pubblicità, giochi o intrattenimento). Ma tali azioni rischiano di essere dannose e lesive per l'immagine dei soggetti falsamente rappresentati. Con questo fenomeno è possibile aumentare la diffusione di *fake news*, di *hate speech* e di atti di *revenge porn*. Infatti, tramite la realizzazione di video falsi si ha la possibilità di simulare un discorso politico, di realizzare video pedopornografici con la presenza di un falso minore e di incitare all'odio verso una determinata categoria di soggetti.²

L'algoritmo posto dietro la produzione di video falsi è denominato *GAN* (*Generative Adversarial Networks*) e apprende grazie al meccanismo della sfida tra due reti neurali in competizione in cui una ha l'obiettivo di costruire immagini false di soggetti e l'altra di imparare a riconoscerli. Quindi, con lo scopo di vincere sull'altra rete, la prima realizzerà *deep-fake* sempre più realistici.

Il fenomeno del *deep-fake* ha l'abilità di unire in sé capacità algoritmiche e informatiche elevate con tecniche di psicologia che permettono di raggiungere l'obiettivo sperato da parte dell'autore attraverso l'influenza esercitata sul pubblico. Ad oggi, è possibile realizzare video ad altissima qualità in brevissimo tempo, rendendo inoltre fortemente complesso il procedimento di individuazione del falso.³ Al momento il fenomeno del *deep-fake* non è oggetto di regolazione civile o di repressione penale specifica ed occorre valutare un'estensione delle norme vigenti, tra cui la diffamazione, l'estorsione, la truffa e lo *stalking*.⁴

² LONGO E SCORZA, "Intelligenza Artificiale: impatto sulle nostre vite, diritti e libertà", Mondadori Education Università, Firenze, 2020, 88 – 147; FINOCCHI, PERRI, PEVERINI, "La prova dell'enunciazione. Fotografia digitale, deepfake e pertinenza documentale denegata o rinegoziata", in EC E|C Rivista dell'Associazione Italiana di Studi Semiotici, XIV, n. 30, 2020 • Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 140 - 142.

³ BRANCATI, "L'impatto dell'Intelligenza Artificiale (AI-Artificial Intelligence) sul ciclo di intelligence e sugli strumenti a disposizione per i pianificatori militari e le forze dell'ordine", Lavoro di gruppo 2° sessione, a cura di B.C. Ramponi, A.A. Hussein, M. Belladonna, D. Marzinotto, T.J. Mackintosh, P. Delato, M. Minenna, P. Coppola, K.A. Rahmani, H. Zao, B.G. Scafuri, E. Ziello, S. Valio, M. Dragoni, A. Adorni, Centro Alti studi per la difesa, Istituto alti studi per la difesa, 71° Sessione di studio IASD, 2019-2020; Cap. 3 "Comparazione tra il ciclo di intelligence attuale e le modifiche apportabili", 41 – 50.

⁴ WESTERLUND, "The Emergence of Deepfake Technology: A Review," Technology Innovation

Infatti, i contenuti *deep-fake*, per quanto non reali, sono di sicuro in grado di offendere gravemente la reputazione del soggetto tramite il *web* e dunque possono integrare il reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p.⁵

Tale ipotesi di reato tutela l'onore della vittima inteso in senso soggettivo come sentimento della propria dignità morale (la somma dei valori che ogni individuo attribuisce a sé stesso) e oggettivo in termini di riflesso della stima e opinione che gli altri hanno in relazione ad un individuo (la reputazione, ossia il patrimonio morale che deriva dall'altrui considerazione). Si tratta di un bene altamente personale con fondamento nella Costituzione. Per onore, in termini normativi, si fa riferimento al valore interiore della persona che risulta sempre meritevole di protezione penale anche per i soggetti privi di reputazione in quanto connesso alla dignità umana e del singolo. In tale ipotesi di reato rientra anche il fenomeno del *deep-fake* che, creando video o immagini false, può realizzare contenuti diffamatori e falsi che possono essere fatti circolare rapidamente sui *social network* anche *attraverso social bot* di intelligenza artificiale ledendo l'onore delle vittime.

Inoltre, i contenuti *deep-fake* possono essere realizzati allo scopo di minacciare ed estorcere (ad esempio denaro in cambio della non pubblicazione) qualcosa alla vittima commettendo quindi il reato di cui all'art. 629 c.p.⁶ Per di più, il fenomeno del *deep-fake* potrebbe avere rilevanza penale anche in tema di truffa (*ex art. 640 c.p.*), delitto che punisce la condotta di chiunque, attraverso artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procuri a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Il *deep-fake* potrebbe facilmente rientrare nel concetto di artificio essendo lo stesso una manipolazione della realtà esterna che simula circostanze inesistenti e dissimula circostanze esistenti. Non rientrerebbe invece nel concetto di raggiri che costituiscono una simulazione della realtà tramite parole o argomentazioni.

Infine, rilevante è l'ipotesi in cui il *deep-fake* (soprattutto in ambito pornografico) va ad integrare il reato di atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.* ,

Management Review, November 2019, Volume 9, Issue 11, 41 – 42.

⁵ ORDONSELLI, ««Porno Deepfake»: profili di diritto penale», in Cyberlaws, 18 gennaio 2021: <https://www.cyberlaws.it/2021/porno-deep-fake-profilo-penalistico-reato/>

⁶ ORDONSELLI, *op. cit.*

inserito, non con poche critiche,⁷ all'interno del nostro codice penale dalla legge n. 38 del 23 aprile 2009,⁸ allo scopo di punire condotte reiterate di minaccia o molestia che causano tre eventi alternativi: il fondato timore per la propria o altrui incolumità, l'alterazione delle abitudini di vita e la generazione di uno stato di ansia o di paura nella vittima.⁹

In relazione al tema trattato, è interessante soffermarci sul concetto di mezzi informatici ai fini dell'applicazione dell'aggravante.¹⁰ Infatti, secondo la Suprema Corte,¹¹ il reato di *stalking* si configura nel momento in cui la condotta minacciosa del *reo* sia idonea a destabilizzare l'equilibrio psichico della persona offesa (a prescindere da un possibile incontro fisico tra vittima e autore). Il contenuto di tali condotte (di solito consistenti in messaggi, *e-mail*, chiamate, *post* sui *social*) deve essere determinato da una grave intrusione nella sfera intima della persona e dunque bisogna valutare in concreto l'intensità del tenore persecutorio dei messaggi. Il *deep-fake* rientra perfettamente in tale aspetto essendo lo stesso idoneo, soprattutto nel caso del porno *deep-fake*, a generare un grave stato di ansia nella persona offesa che si trova violata (virtualmente) nella sua intimità.

2. Il revenge porn ai tempi del deep-fake

Le problematiche connesse al fenomeno del *deep-fake* riguardano inoltre la realizzazione di video pornografici o pedopornografici virtuali, considerabili come reati ai sensi degli articoli 612 *ter* e 600 *quater* 1 c.p. Inoltre, qualora tali materiali dovessero circolare nella rete e nei *social network*, il compito-dovere dell'*internet service provider* sarebbe quello di eliminare il video una volta scoperta la sua illiceità.¹²

⁷ Sul punto v. Sent. Corte. Cost., 11.6.2014, n.172 che ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata per contrasto con l'art. 25 della Costituzione, motivando sulla scorta dell'indeterminatezza della nuova fattispecie.

⁸ Legge 23 aprile 2009, n. 38, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 95 del 24 aprile 2009: <https://web.camera.it/parlam/leggi/090381.htm>

⁹ FIANDACA-MUSCO, "Diritto penale – Parte Speciale" Volume II, Tomo primo "I delitti contro la persona", Quarta edizione, Zanichelli Editore, 1° gennaio 2013, Bologna, 224 – 234.

¹⁰ ORDONSELLI, op. cit.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 2.1.2019, n. 61.

¹² PANATTONI, "Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online", 33 – 58, in "Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale. Sicurezza informatica, strumenti di repressione e tecniche di prevenzione", IX Corso di formazione interdotto di Diritto e Procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e dottori di ricerca. AIDP Gruppo Italiano, Siracusa

Infatti, il *deep-fake*, come già accennato, può essere utilizzato per realizzare video pornografici falsi andando a modificare il volto o il fisico dei protagonisti al fine di commettere atti di *revenge porn* incriminati a seguito della riforma della legge n. 69/2019 (c.d. Codice Rosso).¹³

A pochi anni dalla riforma siamo già di fronte ad una nuova modalità di *revenge porn* che permette di distruggere la vita di una persona grazie ad un algoritmo intelligente: una nuova frontiera per le molestie *on-line*. Come nel caso dell'applicazione *DeepNude* lanciata nel 2019 che permette di "spogliare" i corpi delle foto.¹⁴

I dubbi consistono nel comprendere se tali azioni possano essere considerate come reato ai sensi dell'art. 612 *ter* c.p. in quanto, nonostante le immagini siano estremamente realistiche e capaci di ledere la dignità e la libertà di autodeterminazione del soggetto ivi raffigurato, la norma non fa riferimento specifico alla diffusione di materiali sessualmente espliciti realizzati attraverso l'intelligenza artificiale.

Nonostante ciò, l'aggravante di commissione del fatto con strumenti informatici o telematici prevista all'interno del medesimo articolo potrebbe sopperire a tale mancanza in quanto è possibile ricomprendervi il fenomeno del *deep-fake* (anche se il testo della norma non fa riferimento a contenuti non reali). Dubbi rimangono in merito al rispetto del principio di tassatività della norma penale.

Va quindi sottolineato come l'art. 612 *ter* c.p. riesca ad arginare solo una parte del tragico problema della pornografia non consensuale risultando in molti ambiti inadeguato.

Infatti, nel rispetto del tenore letterale della norma e del fondamentale principio di tassatività in ambito penale, non è possibile punire, senza rientrare in un'interpretazione estensiva e analogica in *malam partem*,

International Institute for Criminal Justice and Human Rights – Siracusa, 29 novembre – 1° dicembre 2018, in *Diritto penale Contemporaneo*, Rivista trimestrale 2/2019, 39 – 41.

¹³ Legge 19 luglio 2019, n. 69, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere" (GU n.173 del 25-7-2019); v. WESTERLUND, op. cit., 43 ss.

¹⁴ ORDONSELLI, op. cit.; LIVELLI, "Deepfake e revenge porn, combatterli con la cultura digitale: ecco come", in *Network Digital 360 – Cybersecurity 360*, 8 febbraio 2021: <https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/deepfake-e-revenge-porn-combatterli-con-la-cultura-digitale-ecco-come/>

attraverso l'art. 612 *ter* c.p. anche le condotte aventi ad oggetto rappresentazioni non reali.

Sarebbe auspicabile una rimodulazione dell'articolo per includere la condotta di formazione, sottrazione e appropriazione di immagini o video sessualmente espliciti senza dover necessariamente attendere la loro diffusione per intervenire penalmente; auspicabile anche l'inserimento di un apposito comma relativo al fenomeno del *deep-fake* (che risulta ugualmente lesivo per la vittima).¹⁵

3. La pedopornografia virtuale e il deep-fake

Il reato di pornografia virtuale, di cui all'art. 600-*quater*.1 c.p., è stato introdotto dall'art. 4, L. 6.2.2006, n. 38, recante «*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet*» su impulso della Decisione quadro n. 2004/68/GAI, successiva alla *Convention on Cybercrimes* di Budapest del 2001,¹⁶ il cui primo articolo, nell'individuare le tre categorie di materiale pedopornografico distinte in base al soggetto ritratto, contempla anche l'incriminazione di condotte aventi ad oggetto materiale pornografico realistico ritraente minori inesistenti.

Attraverso l'art. 600 *quater* 1 c.p. il legislatore nazionale ha esteso l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 600 *ter* e 600 *quater* c.p. alle condotte aventi ad oggetto materiale pedopornografico virtuale. Le critiche legate a tale articolo riguardano principalmente l'indeterminatezza nell'individuazione della fattispecie e il concetto di virtualità, per cui risulta necessario fare riferimento alle disposizioni sovranazionali al fine di giungere ad una più corretta interpretazione della norma.

Difatti, sussistono differenti categorie di virtualità dell'immagine che comportano altrettanti gradi di disvalore penale: la pedopornografia apparente consiste nella rappresentazione di adulti che per loro tratti fisici sembrano minori; la pedopornografia parzialmente virtuale è riconducibile

¹⁵ AMORE, «*La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612 *ter* c.p.*», in *Legislazione penale*, 20 gennaio 2020, 30 ss.: <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/01/N.-Amore-Approfondimenti-1.pdf>

¹⁶ La Convenzione di Budapest del 2001 si propone il più ampio obiettivo di fornire una politica penale comune agli Stati parte nella lotta ai crimini informatici. Sul punto, v. BIANCHI, *Commento art. 600-*quater*.1*, op. cit., 248 ss.

ad immagini create artificialmente utilizzando anche immagini di minori reali; ed infine, la pedopornografia totalmente virtuale riguarda immagini del tutto artificiali, frutto esclusivo della creatività dell'autore ma dotate di una qualità tale da farle apparire realistiche senza la necessaria partecipazione di un minore esistente o delle sue immagini.¹⁷

Dato il tenore letterario della Decisione quadro del 2004, parte della dottrina ritiene estendibile la punibilità anche alle ipotesi di pedopornografia totalmente virtuale in modo tale da conformare l'interpretazione del diritto nazionale alla disciplina sovranazionale.¹⁸

Non mancano, al contempo, dottrine contrarie che impostano la loro critica sulla volontà del legislatore europeo di concedere margini di discrezionalità ai singoli Stati membri nel disciplinare le ipotesi riguardanti la pedopornografia totalmente virtuale. Tale ricostruzione fa perno sull'art. 3 comma 2 lett. c) della Decisione che permette ai singoli legislatori nazionali di escludere la punibilità del produttore o detentore di immagini realistiche di un bambino inesistente qualora venga provato l'uso esclusivamente privato delle stesse e l'assenza del pericolo di diffusione.¹⁹

Nel 2007 e nel 2011, due interventi normativi superarono la Decisione quadro n. 2004/68 GAI: la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali (c.d. Convenzione di Lanzarote) del 25 ottobre 2007 e la Direttiva 2011/92 UE del 13 dicembre 2011.

L'art. 20 della Convenzione – ripreso da detta Direttiva e recepito con modifiche dal legislatore italiano all'articolo 600 *ter* c.p. – definisce la pedopornografia come “*ogni materiale che ritrae visivamente un minore coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, reale o simulata, o la rappresentazione, per scopi prevalentemente sessuali, degli organi sessuali di un minore*” ed inoltre elimina qualsiasi riferimento alla ipotesi della

¹⁷ BIANCHI, *Commento art. 600-quater.1*, in Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 244; v. Cass., sez. III, 24.11.2017, n. 15757.

¹⁸ Sentenza C. Giust. CE 16.6.2005, C-105/03, Pupino; MANES, *L'incidenza delle “decisioni-quadro” sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2005, 1437 ss.; SOTIS, *Il caso Pupino: profili sostanziali*, in Sgubbi-Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 49-51.

¹⁹ BIANCHI, *Commento art. 600-quater.1*, op. cit., 250-251.

pedopornografia apparente lasciando invece discrezionalità agli Stati membri in merito all'ipotesi della pedopornografia totalmente virtuale.²⁰

Dunque, il fenomeno del *deep fake* in relazione a tale ambito può essere ben ricondotto alle condotte punite dal reato di cui all'art. 600 *quater* 1 c.p. proprio in merito al concetto di virtualità delle immagini sessualmente esplicite raffiguranti soggetti minorenni.

La virtualità delle immagini consiste nella realizzazione delle stesse tramite tecniche di elaborazione grafica non del tutto associate a situazioni reali la cui rappresentazione le faccia apparire come tali. La qualità delle immagini virtuali, secondo il comma 2 dell'art. 600 *quater* 1 c.p., deve essere tale da far apparire come vere situazioni non reali.

In tal modo verrebbero dunque escluse dal novero delle condotte punibili quelle aventi ad oggetto immagini che rendano evidente la propria natura artificiale (lo stesso vale per i cartoni animati e per i fumetti che per loro natura si discostano volutamente dal reale).

Inoltre, in merito alla natura giuridica dell'art. 600 *quater* 1 c.p., a causa del rinvio interno agli artt. 600 *ter* e 600 *quater* c.p. e a causa dell'indicazione della pena, parte della dottrina ritiene trattarsi di una circostanza attenuante considerando esistente un rapporto di specialità tra questa e detti reati.²¹ Mentre, opposta dottrina, considera l'art. 600 *quater*.1 c.p. un'autonoma figura di reato, data la diversità dell'oggetto materiale del reato di pornografia virtuale rispetto a quello di pornografia reale, escludendo in tal modo un rapporto di genere a specie ed evidenziando un rapporto di esclusione in quanto nel caso in cui sussista il coinvolgimento di un minore reale non potrà mai essere integrato il reato *ex art.* 600 *quater*. 1 c.p. ma solo quelli di cui agli artt. 600 *ter* e 600 *quater* c.p.²²

La norma pone evidenti problemi circa l'individuazione del bene giuridico leso e dunque in tema di offensività della condotta realizzata dal soggetto

²⁰ BIANCHI, *Pornografia virtuale e la recente normativa europea (art. 600-quater.1 c.p.)*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (a cura di), *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale e Speciale. Riforme 2008-2015*, Padova, 2015, 781-784.

²¹ GIZZI, *La pornografia virtuale*, in Coppi (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 419.

²² BIANCHI, *Commento art. 600-quater.1*, op. cit., 287; RAFFAELLI, *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla legge n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, 794; PECCIOLI, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia. Le norme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 947.

agente. Difatti, l'effettiva offensività della stessa non risulta immediatamente percepibile: la *ratio* della norma è la maggior tutela del minore in caso di diffusione di sue immagini (anche virtuali) sessualmente esplicite. Non si va a tutelare (a differenza dei due articoli precedenti, che implicano la presenza di un minore nella rappresentazione fotografica o cinematografica sessualmente esplicita) la libertà di autodeterminazione e l'integrità psico-fisica dello stesso, in quanto, in tale reato, non è coinvolto nessun minore in prima persona. Vengono infatti parificate (o quasi, nell'art. 600 *quater* 1 c.p. la pena è diminuita) le condotte di realizzazione e diffusione di video o immagini sessualmente esplicite con minori reali o virtuali (ossia alterazioni o elaborazioni grafiche realizzate anche attraverso l'intelligenza artificiale).²³ Nonostante ciò, la collocazione dell'articolo tra i delitti contro la personalità individuale concorre ad individuare l'interesse tutelato dalla norma nel corretto sviluppo della personalità del minore nella sfera psico-fisica.²⁴

L'evidente anticipazione della tutela posta dal legislatore è espressione della necessità e della volontà dello stesso di combattere in modo incisivo il fenomeno della pedofilia a discapito – non senza critiche – dei principi di offensività, di proporzionalità e di ragionevolezza della norma.

La dottrina maggioritaria, al fine di garantire un bilanciamento di detti interessi, ritiene di dover escludere dalla portata applicativa della norma la pedopornografia totalmente virtuale e parzialmente virtuale nei casi in cui non sia riconoscibile il minore di cui siano state utilizzate immagini sessualmente esplicite in quanto non in grado di provocare un danno al minore stesso nella sua sfera esteriore-sociale.²⁵

Altra parte della dottrina ritiene invece che, sulla base del dato testuale dell'art. 600 *quater*.1 c.p., che non fa riferimento alla rappresentazione sessualmente esplicita di minori esistenti, tale requisito non può essere aggiunto in via interpretativa; inoltre, le immagini di minori reali rientrano

²³ ORDONSELLI, *op. cit.*

²⁴ MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte speciale – Vol. I: Delitti contro la persona*, 6^a ed., Padova, 2016, 465; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, *op. cit.*, 180.

²⁵ PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, 51; DEL SIGNORE, *Art. 600 ter-Pornografia minorile*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, VIII, *I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, Torino, 2010, 409-410; COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 889; MONTELEONE, *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella l. 6 febbraio 2006*, n. 38, in *Giur. di Merito*, 2007, 2196; BIANCHI, *Commento art. 600-quater.1*, *op. cit.*, 304.

nell'ambito applicativo dell'art. 600 *ter*, comma 1, c.p. in quanto si tratterebbe di una forma di utilizzazione di minori al fine della produzione di materiale pornografico. Dunque, la pornografia totalmente virtuale assume rilevanza penale data la sua capacità di incidere sull'attrazione verso attività sessuali coinvolgenti minorenni, rischiando così di incentivare i pedofili a commettere reati più gravi nei confronti di minori reali. Secondo tale interpretazione, il bene giuridico è l'intera categoria di minori e la dignità di ogni fanciullo che necessita protezione dal rischio di sfruttamento a fini sessuali da parte di adulti: l'interesse protetto dalla norma assume dunque valenza superindividuale.²⁶

Allo stesso modo, il carattere della virtualità delle immagini, sottolineato dal legislatore nella norma in questione, presuppone l'esclusione della tutela della libertà sessuale del minore oggetto delle immagini pedopornografiche in quanto il concetto di virtualità necessita dell'assenza del coinvolgimento del minore persona fisica.²⁷

È indubbio che chi commette pornografia virtuale compia atti dimostrativi di una volontà "immorale", esplicitando un'insensibilità verso il significato sociale di tali condotte, qualora realizzati su minori persone fisiche e che, dunque, tali azioni potrebbero di sicuro possedere rilievo anche ai fini della valutazione della pericolosità sociale connessa alle misure di sicurezza. L'oggettivizzazione dell'atto sessuale e la ricerca di un piacere incondizionato verrebbero ad enfatizzarsi grazie all'accesso illimitato a video pornografici virtuali di qualsiasi tipologia. Questo porterebbe i soggetti che fantasticano su atti di pedofilia o di violenze sessuali a sentirsi legittimati a detenere materiale pedopornografico realizzato con il *deep-fake* che per definizione non è reale. Di conseguenza, da una parte, tutto ciò andrebbe a fornire una valvola di sfogo per chi non riesce ad appagare i propri desideri sessuali ma, dall'altra, rischierebbe di tradursi in un incentivo a commettere gli stessi atti nei confronti di una vittima umana.

²⁶ DI GIOVINE, *Art. 600 quater.1*, in Padovani (a cura di), *Codice penale*, 5^a ed., Milano, 2011, 4205; PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa ai beni giuridici*, in Bertolino-Forti (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 1300-1303; DI LUCIANO, *Lineamenti critici del reato di pedopornografia "virtuale"*, in *Cass. pen.*, 2006, 2629.

²⁷ BIANCHI, *Commento art. 600-quater.1*, op. cit., 263; COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* cit., 873; RAFFAELLI, *La pedopornografia virtuale*, cit., 781; SCARCELLA, *La pornografia virtuale e la lotta al "nemico" in rete. Il discrimine tra diritto penale del fatto e diritto penale dell'autore*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, *Cybercrime*, 2^a edizione, UTET Giuridica – Vicenza, 19 giugno 2023, 559 – 581.

Le perplessità riguardano, quindi, la possibilità di disciplinare penalmente una condotta moralmente sbagliata che, però, non possiede concreti effetti dannosi verso il prossimo, dato che tali atti, sono di sicuro riprovevoli, ma, di fatto – per quanto concerne la pedopornografia totalmente virtuale in cui si è in assenza di un minore persona fisica – innocui verso i beni giuridici tradizionali tutelati dall’ordinamento.

Tornare ad un diritto penale “paternalistico” non appare, però, soluzione valida: non possono essere criminalizzati atti o fantasie che non hanno effetti lesivi sul prossimo o sulla società. Il diritto penale interviene per tutelare ben definiti beni giuridici, che potrebbero essere lesi da determinate condotte. È pur vero, però, che esistono i reati di pericolo che vanno ad anticipare la tutela in caso di condotte connotate da un certo grado di offensività prima ancora che il danno si realizzi. Nonostante tale possibilità, il caso in esame non potrebbe nemmeno definirsi come reato di pericolo, perché il bene giuridico non verrebbe messo a rischio, né concretamente, né direttamente; anzi, considerando tali azioni come reato, si finirebbe per punire la personalità deviante del *reo*, prima che si realizzi alcuna condotta pericolosa o dannosa.²⁸

Nonostante tali legittimi dubbi, la Cassazione, nel 2017²⁹ ha stabilito che tali alterazioni devono essere considerate come reato in quanto alimentano “*l’attrazione per manifestazioni di sessualità rivolte al coinvolgimento di minori*” mettendo in pericolo la personalità in formazione del minore stesso.

Dunque, si verrebbe ad anticipare la tutela della sessualità dei minori sanzionando condotte non di per sé offensive ma che potrebbero portare ad un possibile incentivo alla pedofilia.

Tale pronuncia risulta criticabile per diversi ordini di ragioni.

Il primo è il dato testuale dell’art. 600 *quater*.1 c.p. che fa espresso riferimento a “*immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori*

²⁸ PECCIOLI, *Reati contro la libertà personale*, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, 16^a ed. a cura di Grosso, Milano, 2016, 210; MONTELEONE, op. cit., 2196; CORRIDORI, *L’intelligenza artificiale come vittima del reato*, in Cadoppi- Canestrari-Manna-Papa, *Cybercrime*, 2^a edizione, UTET Giuridica – Vicenza, 19 giugno 2023, 1398 ss.; FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 559; DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, Milano, 2010, 83.

²⁹ Cass. pen., Sez. III, 13.1.2017, n. 22265.

degli anni diciotto o parti di esse” ; difatti, nonostante la Suprema Corte si basi sulla definizione fornita dall’art. 1 della decisione quadro del Consiglio dell’Unione Europea n. 2004/68/GAI che ricomprende nella pornografia infantile anche “*immagini realistiche di un bambino inesistente*”, in realtà quanto disciplinato dall’articolo del codice penale sembra paragonabile al *deep-fake* utilizzato per realizzare video pedopornografici falsi andando a modificare il volto o il fisico di protagonisti reali.

Il secondo concerne l’assenza di offensività per come interpretata dalla Suprema Corte. in quanto si considera lesa un’ipotetica futura cerchia non individuata di minori che potrebbero subire reati posti in essere da ipotetici futuri pedofili che verrebbero istigati da tali immagini non rappresentanti alcun minore esistente; in più si rischierebbe di trasformare un delitto contro la persona in uno contro l’ordine pubblico, tutelando la morale pubblica e il buon costume e non la libertà psicofisica del minore, con un ritorno indietro nel tempo ante 1996 quando, con la Legge n. 66 del 15 febbraio 1996, si affermò il principio secondo cui la violenza sessuale è un crimine contro la persona e non contro la morale pubblica; infine, almeno per quanto riguarda l’art. 600 *ter* c.p., si avrebbe una trasformazione di un reato di danno in uno di pericolo.

Di estrema rilevanza, è in questo campo, il tema della funzione del diritto penale, ossia un diritto tradizionalmente sanzionatorio e di *extrema ratio*. Un’anticipazione della tutela realizzata in tal modo, andando a limitare le condotte che manifestano l’attrazione verso i minori, renderebbe il diritto penale educativo e di conseguenza contrario ai principi generali del diritto penale illuministico. In altri termini, si punirebbe il pedofilo, non per il fatto commesso, ma per la sua tendenza sessuale deviante, pur non concretamente manifestata con atti dannosi.³⁰

Ancora, nel 2018,³¹ la stessa III Sezione della Cassazione ha affermato che la pedopornografia virtuale realizzata attraverso l’utilizzo di fotomontaggi configura il reato di cui all’art. 600 *quater*.1 c.p.

Tale norma sembra dunque applicabile anche nel caso di realizzazione di immagini pedopornografiche tramite le tecniche del *deep-fake*. Di

³⁰ ORDONSELLI, op. cit.

³¹ Cass. pen., Sez. III, 9.4.2018, n. 15757.

conseguenza, sarebbe opportuno estendere la tutela anche al reato di cui all'art. 612 *ter* c.p.

Dunque, per garantire una maggiore tutela delle vittime e per evitare di ricadere in lesioni al principio di tassatività delle norme penali, è importante che il legislatore adotti una normativa *ad hoc* per disciplinare tale innovativo fenomeno criminale capace di avere effetti devastanti sulle vite delle vittime.³²

Si rischierebbe altrimenti di ricadere in un reato in assenza di vittima, ledendo il principio di offensività, di laicità e di *extrema ratio* del diritto penale in quanto si punirebbe il *reo* per il solo pensiero deviante espresso attraverso condotte di fatto non lesive di interessi giuridici tutelati dall'ordinamento. Difatti, realizzare materiale pedopornografico totalmente virtuale non lede la sfera personale di alcun minore persona fisica e non rileva neanche come reato di pericolo data la sua lontananza da una concreta offesa a beni sottoposti a tutela penale.

Per far ricadere tali azioni sotto una disciplina penalistica è importante che il legislatore riesca ad individuare un concreto bene giuridico tutelabile che venga messo a rischio da parte del *reo*.

Tali azioni, in base ad un'interpretazione paternalista del diritto penale, teso a considerare illeciti comportamenti senza effetti direttamente dannosi sui soggetti, verrebbero criminalizzate in base al pericolo che da esse potrebbe derivare.

Per concludere, dunque, bisogna quindi sottolineare come i reati a sfondo sessuale criminalizzati all'interno del nostro codice penale si occupino di tutelare l'integrità psico-fisica, la libertà di autodeterminazione sessuale di adulti o minori persone fisiche che siano effettivamente messe in pericolo.³³

4. L'adescamento di minori attraverso le tecniche di deep-fake

Un breve cenno alla tutela dei minori e al *deep-fake*, in quanto le problematiche riguardano la possibilità, da parte di predatori sessuali di utilizzare l'intelligenza artificiale per tramutare le loro fattezze in quelle di minori al fine di rendere più efficaci le loro attività di *child grooming*

³² ORDONSELLI, op. cit.

³³ SALVADORI, "Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 1° marzo 2021, 83.

(punita all'art. 609 undecies c.p., introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. z), della L. 1.10.2012 n. 172, di ratifica della «Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, effettuata a Lanzarote il 25 ottobre 2007»³⁴).

Tale azione consiste nel processo mediante il quale si spinge un minore a stringere un rapporto di “amicizia” con un molestatore nel tentativo di ottenerne la fiducia al fine di convincerlo ad accettare e sottostare ad un'attività sessuale. Non si tratta di un fenomeno nuovo ma l'avvento di *Internet* e delle forme di comunicazione *on-line* hanno fornito agli aggressori opportunità maggiori di contatto con i minori ed inoltre il *deep-fake* favorisce il travisamento dell'adulto come minore.³⁵

L'articolo in questione, inserito a seguito della Convenzione di Lanzarote del 2007³⁶, punisce, con la forma del reato comune caratterizzato dal dolo specifico, chiunque, allo scopo di commettere i reati connessi alla prostituzione, pornografia e violenza o abuso sessuale a danni di un minore, adesci tale minore. Per adescamento, il codice penale si riferisce a qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del soggetto anche attraverso artifici, lusinghe o minacce realizzate anche tramite l'utilizzo di mezzi informatici o telematici di comunicazione.

A differenza di quanto previsto della Convenzione, che all'art. 23 impone agli Stati di inserire una norma idonea a punire le condotte di adescamento (esclusivamente *on-line* o per mezzo di strumenti telematici) che si sono rilevate idonee ad organizzare un effettivo incontro con il minore, l'art. 609 undecies c.p. anticipa la tutela punendo il *reo* già al compimento della fase di costruzione del rapporto di fiducia con il minore mosso da scopi sessuali, inserendo così un reato di pericolo astratto al fine di meglio tutelare la libertà e l'equilibrato sviluppo psico-sessuale del minore.³⁷

³⁴ WESTERLUND, op. cit., 42 – 43.

³⁵ DELL'AQUILA, “Il fenomeno del *child grooming*: l'adescamento di minori dentro e fuori la rete”, in *Cyberlaws*, 15 maggio 2019: <https://www.cyberlaws.it/en/2019/adescamento-minori-child-grooming/>

³⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla “protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali”, conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007: <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2014/249/20150826/it/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2014-249-20150826-it-pdf-a.pdf>

³⁷ DELL'AQUILA, op. cit.

Il legislatore ha inteso anticipare la soglia di tutela penale dei beni giuridici finali tutelati dalle singole fattispecie di reato elencate nell'articolo in questione come reati-scopo che il soggetto attivo del delitto di adescamento di minorenni, con la propria condotta, miri a commettere con dolo specifico. Inoltre, il delitto di adescamento di minorenni ha un suo autonomo bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, ossia la libertà di comunicazione del minore come modalità di formazione della sua personalità.³⁸

Si tratta di un reato di pericolo astratto, dunque, non è necessario che si realizzi un effettivo pregiudizio a detti beni giuridici tutelati in quanto, altrimenti, sarebbero integrati i singoli reati-scopo.³⁹

La condotta di adescamento consiste quindi in qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe⁴⁰ o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete *internet* o di altre reti o mezzi di comunicazione.

È indubbio che il *deep-fake* rientri in un artificio che possa spingere il minore a fidarsi del *reo* creando ad esempio un falso profilo sui *social network* che sia il più realistico possibile.

³⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 519 s.; BOGGIANI, sub *art. 609-undecies c.p.*, in Cadoppi-Canestrari-Veneziani (a cura di), *Codice penale, Commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 2596 ss.; VIZZARDI, *Il delitto di adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 18.9.2015; DE BONIS, *Adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale, II, I reati contro la persona*, I, 2^a ed., Padova, 2017, 97 s.

³⁹ Cass. pen., sez. III, 4.3.2015, n. 16329; v. Cass. pen., sez. III, 29.9.2016, n. 8691.

⁴⁰ Cass. pen., sez. III, 7.6.2022, n. 33257; v. DE BONIS, *Adescamento di minorenni*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, *Cybercrime*, 2^a edizione, UTET Giuridica – Vicenza, 19 giugno 2023, 617 – 631.