

ORIENTAMENTI

SIMONA TIGANO

La produzione di materiale pedopornografico tra logiche sistematiche e principi costituzionali

Il delitto di produzione di materiale pornografico con l'utilizzo di minorenni integra una fattispecie che si articola in una serie di condotte di diversa tipologia e gravità, richiedendo di conseguenza soluzioni sanzionatorie adeguate al disvalore del fatto. Su questo tema, dopo tre pronunce della Cassazione a Sezioni unite sulla precisa configurazione del reato, è intervenuta anche la Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo l'art. 600-ter, co. 1 n. 1 c.p., nella parte in cui non è prevista la possibilità di ridurre la pena per i fatti di minore gravità, ravvisando la necessità di individuare una "valvola di sicurezza", così da garantire il principio di proporzionalità della sanzione.

The production of child pornographic material between systematic logic and constitutional principles.

The crime of pornographic material production with the use of minors integrates a case that is divided into a series of conducts of different types and gravity, that requires sanctions which are appropriate with the negative value of the act. Regarding this topic, after three judgments of the Court of Cassation in Joint Divisions on the precise conformation of the crime, the Constitutional Court has declared the art. 600-ter, first paragraph no. 1 c.p. as illegitimate, in the part in which it does not provide the possibility of reducing the penalty for less serious facts, considering the necessity of finding a "safety valve", in order to guarantee the principle of proportionality of the sanction.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tutela della sfera sessuale del minorenne: indagini trasversali e valutazioni sistematiche. - 3. La nozione di pornografia minorile. - 4. Dallo sfruttamento all'utilizzazione di minorenni fino alla punibilità della c.d. pornografia domestica. - 5. La proporzionalità della pena attraverso il procedimento del *tertium comparationis*. - 6. La diminuzione dei casi di minore gravità. - 7. La disciplina delle circostanze.

1. *Premessa.* La fattispecie di pornografia minorile di cui all'art. 600-ter c.p. si conferma essere un reato dai labili confini, che si articola in una pluralità di ipotesi delittuose autonome e non sempre omogenee, accomunate dapprima da un'identica sanzione, malgrado la diversa e progressiva intensità di offesa al bene giuridico, e via via differenziate gerarchicamente da risposte penali di entità decrescenti. Sono state proprio l'ampiezza della latitudine normativa e l'incertezza esegetica che continuano a contraddistinguere questa disposizione, vertente attorno a un concetto di base di natura extra-giuridica e soggetto a contingenti rivisitazioni storico-sociologiche (v., *infra*, par. 3), a richiedere - già solo rispetto alla parte iniziale del primo comma -, dopo tre pronunce

delle Sezioni unite¹, un intervento del Giudice delle leggi². In questo modo, oltre a favorirsi allineamenti sanzionatori di condotte in qualche modo affini, si è cercato di riportare a equilibrio i vari piani di aggressione dell'interesse tutelato evidenziabili all'interno della stessa norma.

Trattasi di una disposizione introdotta con la L. 3 agosto 1998, n. 269, recante «*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*», al fine di armonizzare l'ordinamento penale interno ai principi sanciti dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (ratificata dall'Italia con la L. 27 maggio 1991, n. 176)³ e a quanto stabilito dalla Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma adottata il 31 agosto 1996, in tema di sfruttamento sessuale di minori a fini commerciali, nonché di completare l'opera di innovazione in materia di violenza sessuale intrapresa con la L. 15 febbraio 1996, n. 66. L'intento del legislatore è andato, a quest'ultimo riguardo, disatteso, potendosi evidenziare, sin dal primo momento, la mancanza di una visione di insieme tra le due riforme, aggravata dalle disorganiche modifiche normative che si sono succedute negli anni, accomunate tuttavia da un unico comune denominatore. A prevalere è stata, infatti, la finalità di espandere, attraverso interventi generalizzanti e indiscriminati, l'ambito di applicazione delle previsioni incriminatrici, aumentandone al contempo i limiti edittali e le ipotesi aggravate e pregiudicando così la possibilità di intervenire con risposte sanzionatorie individualizzate e proporzionate al fatto commesso e al grado di colpevolezza dell'autore⁴.

¹ In merito a queste tre pronunce, v., *infra*, par. 3. In particolare, su come sia stato dilatato l'ambito applicativo dell'art. 600-ter c.p., non sempre, peraltro, in maniera coerente con il tipo criminoso tratteggiato dal legislatore, v. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustizia-bilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in www.sistemapenale.it, 28 giugno 2022, 26 s.

² Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, in www.sistemapenale.it, 21 maggio 2024, su cui si veda pure il commento di PECCIOLI, *La circostanza della minore gravità nel delitto di pedopornografia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2024, 1297 ss.

³ Nel titolo della legge di ratifica il termine *child (enfant)* è stato tradotto, piuttosto che in *fanciullo*, in *infanzia e adolescenza*, in considerazione delle declinazioni interne alla richiamata Convenzione, volte alla tutela di tutte le fasce di minorenni (*bambini/bambine, ragazzi/ragazze*).

⁴ Sull'argomento, v. DELSIGNORE, *Pornografia minorile (art. 600 ter)*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Milano, 2010, 457 ss.

Su questo aspetto è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 600-ter, co. 1 n. 1 c.p., in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 1 e 3 Cost., nella parte in cui per il reato di produzione di materiale pedopornografico non è contemplata un'attenuante per i casi di minore gravità, prevista invece per le figure delittuose di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenne, ai sensi rispettivamente degli artt. 609-bis, co. 3 e 609-quater, co. 6 c.p. Proprio dal raffronto con quest'ultima fattispecie l'eccezione è stata accolta, presentando la stessa significativi tratti in comune con quella in esame, oltre che in merito alla cornice edittale, anche rispetto all'oggetto di tutela, sintetizzabile nel libero e armonico sviluppo della personalità del minore nella sfera sessuale⁵.

Da tale parallelismo emerge come le norme sui *delitti contro la libertà individuale* inserite nel Capo III del Titolo XII (dedicato ai *delitti contro la persona*) ben si prestano a essere analizzate in una logica di sistema. Più nello specifico, i concetti richiamati nella II Sezione *Dei delitti contro la libertà personale* vanno interpretati in modo coerente con quelli contenuti nelle previsioni della I Sezione *Dei delitti contro la personalità individuale*, in quanto «sorrent[i] dalle medesime finalità»⁶, nonché in maniera sincronica alle trasformazioni sociali e alle evoluzioni tecnologiche, al fine di tratteggiare il confine che separa l'esercizio della libertà sessuale⁷ dall'approfittamento dello stato di vul-

⁵ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., su cui v., *infra*, par. 5.

⁶ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, in www.sistemapenale.it, 25 febbraio 2022 (con nota di BERNARDI, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della "pedopornografia domestica" ai sensi dell'art. 600ter c.p.*), punto 4.1 del *Considerato in diritto*. Si afferma, inoltre, che «Le disposizioni contenute nel Capo III del Titolo XII perseguono anzitutto la finalità di assicurare che la determinazione del minore sia "libera e incondizionata" nelle scelte di natura sessuale» (punto 4.2). La sentenza è pubblicata anche in *Dir. pen. e proc.*, 2022, 1195 ss., con nota di PECCIOLI, *La rilevanza penale della pedopornografia ad uso personale tra punti fermi e residui profili critici*. Si vedano, altresì, i commenti di ROSANI, *La pornografia minorile domestica. Prospettive comparate per una disciplina normativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1631 ss.; e di SANTORO, *Produzione e divulgazione di materiale pedopornografico tra autodeterminazione sessuale del minore e protezione di tutti i minori*, in *Arch. pen. web*, 2022, 3.

⁷ Sul concetto di "libertà sessuale" e sulla scelta legislativa di non classificare i reati a sfondo sessuale servendosi di un simile «elemento catalizzatore», ma di inquadrarli fra quelli contro la "libertà personale", si rinvia a BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di Coppi, Torino, 2007, 57 ss., che ne giudica «asimmetrica e quindi errata la nuova collocazione [...] contenendo la sezione II del capo III del titolo XII reati del tutto disomogenei sul piano dell'offesa» (*ivi*, 60).

nerabilità.

A contraddistinguere questi ultimi reati rispetto agli altri è, però, essenzialmente, il fine economico. Le fattispecie di prostituzione minorile, pedopornografia e turismo sessuale sono state definite dallo stesso legislatore «nuove forme di riduzione in schiavitù»⁸ e, pur ricevendo comunemente la qualifica di «reati in materia di pedofilia»⁹, andrebbero distinte dalle singole condotte strettamente pedofile, che rientrano già a pieno titolo tra le disposizioni in materia di violenza sessuale, disciplinate con la L. 66/1996. Come è stato affermato a riguardo, «chi “sfrutta” i minori a fini prostitutivi e/o pornografici non è infatti un pervertito sessuale attratto da bambini, ma una sorta di imprenditore che abusa della loro sessualità per produrre beni e/o servizi con lo scopo di realizzare profitti»¹⁰ e che alimenta, in questo modo, il mercato perverso dei pedofili. Diverso è il caso specifico di chi fruisca della prestazione sessuale di un minorenne in cambio, o in seguito a una promessa, di denaro o di altra utilità (art. 600-*bis*, co. 2 c.p.), in cui il dato anagrafico risulta decisivo al fine di attrarre nell'area di rilevanza penalistica una condotta altrimenti lecita (v., *infra*, par. 2).

È proprio sulla tanto inflazionata espressione *pedofilia* - entrata nel codice penale, tuttavia, solo nel 2012, con l'introduzione dell'art. 414-*bis* c.p.¹¹ - che ci si dovrebbe maggiormente soffermare, riservandole un ambito di applicazione ristretto, riservato a quelle condotte derivanti da disturbi parafilici, consistenti nell'attrazione sessuale verso bambini in età prepuberale. In questo modo, non andrebbe qualificato come pedofilo il minorenne imputabile che compia atti sessuali con un minore di quattordici anni, a meno che

⁸ Per una critica sul titolo di questa legge, anche con riferimento al bene giuridico tutelato, si rinvia a B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2022, 27 ss.

⁹ In particolare, v. Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, punto 2, 6° cpv. del *Ritenuto in fatto*.

¹⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*⁶, Bologna, 2024, 215.

¹¹ Con la L. 10 ottobre 2012, n. 172, di «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale*», è stato introdotto l'art. 414-*bis* c.p., in cui è disciplinato il delitto di *Istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia*. La norma, posta in rapporto di specialità rispetto all'attigua fattispecie di cui all'art. 414 c.p., è volta anch'essa a tutelare l'ordine pubblico e in particolare a punire, con un'anticipazione della soglia della punibilità (nella qualità di reato di pericolo concreto), l'istigazione e l'apologia, avvenute pubblicamente e con qualsiasi mezzo, finalizzate al compimento di pratiche qualificabili sinteticamente come pedofile o più nello specifico pedopornografiche.

quest'ultimo sia un bambino (*rectius*, un impubere)¹². Per la stessa ragione logica, oltre che strettamente semantica, non dovrebbe definirsi pedofilo nemmeno il neomaggiorenne che intrattenga rapporti sessuali con un adolescente.

Andrebbe dato particolare rilievo, quindi, all'effettiva età di autore e vittima, al loro livello di maturità¹³ - da accertare formalmente, invece, solo per il *minore reo* (artt. 97 c.p. e 9 d.P.R. 448/1988) e non anche (quanto meno rispetto alla riforma del 1998) in relazione al *minore vittima*¹⁴, per il quale sembra sussistere una presunzione assoluta di immaturità¹⁵ - e all'esatta differenza d'età fra questi, indipendentemente se la specifica soglia raggiunta corrisponda a quella individuata dal legislatore, che ha ripetutamente fornito negli anni diverse declinazioni di minore età. Ciò anche in considerazione che molto spesso le fattispecie coinvolgenti la sfera sessuale hanno come protagonisti della vicenda i minorenni¹⁶, che rivestono ruoli talvolta intercambiabili e non facilmente stereotipabili.

2. *La tutela della sfera sessuale del minorenne: indagini trasversali e valutazioni sistematiche.* Tutte le fattispecie incriminatrici indicate nell'art. 600-ter c.p. integrano reati comuni, che possono essere commessi cioè da chiunque,

¹² Non a caso, il legislatore ha previsto la soglia dei dieci anni quale circostanza aggravante dei delitti di cui agli artt. 609-ter, co. 2 e 609-quater, co. 7 c.p., per cui in questi casi la pena è addirittura raddoppiata. Sulla definizione di "pedofilo", si rinvia agli studi condotti da THIBAUT-COSYNS-FEDOROFF-BRIKEN-GOETHALS-BRADFORD, *The World Federation of Societies of Biological Psychiatry (WFSBP) 2020 guidelines for the pharmacological treatment of paraphilic disorders*, in *World Federation of Societies of Biological Psychiatry*, 2020, 21(6), 412 ss.

¹³ Sull'argomento, v. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore. Alcune proposte per la sua valutazione dal punto di vista dello scienziato dell'uomo*, in *Minori giustizia*, 2002, 3-4, 272 ss.

¹⁴ Secondo, tuttavia, Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, cit., punto 4.3 del *Considerato in diritto*, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 600-ter, co. 1 n. 1, l'esegesi della nozione di "utilizzazione" «non può [...] prescindere da una specifica riflessione sulla maturità del minore». Sul più ampio tema della rivalutazione del ruolo della vittima nel processo penale, anche con riferimento al minorenne che abbia subito condotte offensive della libertà sessuale, si rinvia a BERTOLINO, *La minore età dalla parte della vittima*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, vol. I, 838.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 26 settembre 2013, n. 39872, in *Guida dir.*, 2013, 45, 70, secondo cui «Il reato di cui all'art. 600-ter non è scriminato dall'eventuale consenso del minore, considerato che esso proverrebbe da persona immatura, che non ha la disponibilità di diritti inalienabili, quali la libertà psichica».

¹⁶ Cfr. SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con minore e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 73 ss.

anche da minorenni, purché ciò avvenga sempre in danno di altri minorenni, indipendentemente dalla sussistenza di un legame sentimentale più o meno duraturo, attuale o pregresso, tra soggetto attivo e soggetto passivo. Anzi, pur non essendo appannaggio esclusivo della popolazione giovanile, il comportamento delittuoso in esame è tra quelli che maggiormente vengono commessi da minori d'età nei confronti di altri coetanei, malgrado quest'aspetto sembri sia stato spesso perso di vista o sottovalutato, in considerazione degli elevati limiti edittali che contrassegnano molti dei reati sessualmente orientati. Ad aggravare la situazione anche l'inadeguatezza delle cornici sanzionatorie, che spesso si rivelano sproporzionate soprattutto nel minimo, non riuscendosi ad applicare una sanzione concretamente adeguata alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'agente.

Per i reati della I Sezione del Capo III, la protezione dalle varie forme di abuso e sfruttamento sessuale è rivolta a tutti coloro che non abbiano compiuto il diciottesimo anno, salva la possibilità di aumentare ulteriormente la pena se la vittima, in particolare, abbia meno di sedici anni (art. 602-ter, co. 5 c.p. (su cui v., *infra*, par. 7), e ciò indipendentemente dall'essere l'autore del fatto un maggiorenne o un minore ultraquattordicenne. Come accennato, è frequente anzi che autore e vittima siano coetanei o che comunque si distanzino solo di pochi anni e intrattengano fra loro una relazione sentimentale più o meno stabile. È, dunque, sul fattore anagrafico che ci si dovrebbe concentrare, anche nell'eventualità opposta che la differenza d'età fra i due sia elevata, potendo favorire, per ciò soltanto, una condizione di minorata difesa del soggetto passivo (art. 61, co. 1 n. 5 c.p.)¹⁷. L'inesperienza e la suggestionabilità di quest'ultimo potrebbero determinare, infatti, uno stato di vulnerabilità sufficiente a facilitare la commissione del reato, che, coinvolgendo la sfera sessuale, inciderebbe ulteriormente sulle sue condizioni psico-fisiche.

Al contrario, come affermato pure dalle Sezioni Unite, ripetutamente inter-

¹⁷ Sull'argomento, si rinvia a Cass., Sez. un., 8 novembre 2021, n. 40275, in www.sistemapenale.it, 11 novembre 2021, secondo cui, «ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della c.d. "minorata difesa", prevista dall'art. 61, primo co., n. 5, cod. pen., le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente ha profittato in modo tale da ostacolare la predetta difesa, devono essere accertate alla stregua di concreti e concludenti elementi di fatto atti a dimostrare la particolare situazione di vulnerabilità - oggetto di profitto - in cui versava il soggetto passivo, essendo necessaria, ma non sufficiente, l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione».

venute sul punto, le condotte realizzate nell'ambito di una relazione fra minorenni si inseriscono spesso in «un contesto più fluido, fatto di rapporti più difficilmente inquadrabili»¹⁸, in cui potrebbe mancare una figura prevalente. Il condizionale, in questi casi, è d'obbligo, giacché non è detto che ciò si realizzi: così come un giovane adulto può rivelarsi impacciato e sprovvisto, incapace di esercitare un'attività suggestiva su un minore d'età, un altro appena giuridicamente imputabile potrebbe influenzare facilmente la volontà di un coetaneo, così come di una persona poco più grande di lui¹⁹.

Questo è quanto ha sottolineato la Corte costituzionale nella menzionata sentenza del 2024, in cui si evidenzia come un maggiorenne possa non riuscire a valersi di un'effettiva carica persuasiva nei confronti di altri, in virtù, ad esempio, della poca differenza di età (si pensi al rapporto tra un neo maggiorenne e un diciassettenne), ovvero a causa del fragile temperamento o dell'inesperienza²⁰, che potrebbero dimostrarsi addirittura subvalenti rispetto alle condizioni personali della presunta vittima minorenne, capace di assumere, contrariamente alle aspettative, un ruolo predominante.

L'evolversi dei costumi e della società, anche per via del diffondersi di strumenti tecnologici²¹ sempre più sofisticati e a portata di tutti, caratterizzati da un notevole aumento della capacità di elaborazione e diffusione dei dati²², tale

¹⁸ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*. V. anche Cass., Sez. III, 25 marzo 2011, n. 11997; Cass., Sez. III, 12 luglio 2007, n. 27252, Aquili, Rv. 237204, in *Cass. pen.*, 2009, 3846.

¹⁹ Si rinvia, in proposito, a SALVADORI, *I minori da vittime ad autori di reati di pedopornografia? Sui controversi profili penali del sexting*, in *Ind. pen.*, 2017, 789 ss.

²⁰ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit.

²¹ Sull'esercizio della violenza attraverso un uso distorto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione («TIC»), si veda la Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024, «sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica», rivolta a specifiche fattispecie criminose, quali «le mutilazioni genitali femminili, i matrimoni forzati, la condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato, lo *stalking online*, le molestie *online*, il *cyberflashing*, l'istigazione alla violenza o all'odio *online*, e le condotte criminose contemplate da altri atti giuridici dell'Unione, in particolare le direttive 2011/36/UE [concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime] e 2011/93/UE [relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile]» (considerando 9). A tal riguardo, si afferma, tra l'altro, che l'utilizzo di questi strumenti tende ad amplificare in modo significativo la gravità dell'impatto dannoso del reato e a provocare effetti gravi e a lungo termine per la vittima (considerando 17 e 18).

²² Sull'argomento, v. PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*,

da conferire alla criminalità una dimensione transfrontaliera, ha inciso profondamente sulle relazioni interpersonali. A questi cambiamenti i minorenni non sono rimasti estranei, ma hanno manifestato anzi un'immediata ricettività, mostrandosi peraltro propensi a compiere atti sessuali molto precocemente, a prescindere dal grado di istruzione e dall'estrazione sociale, e dando libero sfogo alla loro sessualità proprio pure attraverso l'impiego di *social networks*, facilitato dalla presenza di una fotocamera negli *smartphones* e dall'utilizzo degli stessi come *webcam*²³.

Anche per questa ragione, il legislatore, nonostante abbia predisposto un autonomo titolo di reato per la condotta di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p.)²⁴, immaginando una soglia convenzionale d'età in cui si acquista la libertà sessuale, ha poi eccezionalmente derogato alle richiamate ipotesi criminose. In particolare, in questa previsione – la stessa che è stata presa a modello comparativo dalla Corte costituzionale al fine di garantire la proporzionalità della pena per il reato di pornografia minorile di cui all'art. 600-*ter*, co. 1 c.p. (v., *infra*, 5) –, pur rinviandosi alla pena del reato di violenza sessuale, è individuata una causa di non punibilità per il minorenne che intrattenga rapporti sessuali con un tredicenne, qualora la differenza di età fra i due non superi i quattro anni (art. 609-*quater*, co. 5 c.p.). Nonostante l'incapacità assoluta dell'infraquattordicenne di prestare il consenso sessuale renda invalida *ex lege* un'eventuale manifestazione di volontà, qualora questi abbia raggiunto almeno l'età a cui è riconducibile l'inizio della fase adolescenziale²⁵, se la differenza con il partner sia contenuta entro i quattro anni, quest'ultimo non risulta punibile. Ciò proprio nella consapevolezza che i minori di quattordici anni abbiano spesso rapporti sessuali con ragazzi un po' più grandi di loro e che il limite dei tredici anni coincida frequentemente con l'ingresso alla scuola secondaria.

In considerazione che pure il limite di quattordici anni (coincidente peraltro

in *Diritto di Internet*, 2019, 1, 187 ss.

²³ Sul tema, v. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2049 s.

²⁴ Prima della riforma del 1996, gli atti sessuali con minorenni non costituivano una fattispecie autonoma, ma integravano una circostanza aggravante del delitto di violenza sessuale (allora carnale).

²⁵ Secondo studi psicologici, gli adolescenti, cioè i *teen-agers*, hanno un'età compresa fra i tredici e i diciannove anni.

con l'età imputabile) sia solo di tipo convenzionale e non scientifico, occorrerebbe fare generalmente i conti con il caso concreto, sia se si tratti di autore che di vittima, rendendo così il sistema un po' più flessibile, ma al contempo più responsabilizzante.

Una simile causa di non punibilità, derivante dalla contenuta differenza d'età tra i soggetti, manca per le fattispecie di cui agli artt. 600-*bis* e ss. c.p., in relazione alle quali non sembra potersi procedere per analogia *in bonam partem*, per l'assenza di un'identità di *ratio*, che rende non comparabile una scelta connotata da eccezionalità²⁶. Non trattandosi appunto di una lacuna normativa, ma di una precisa scelta del legislatore di apprestare una tutela rafforzata e indifferenziata alle potenziali vittime di questi reati, un'applicazione analogica forzerebbe la volontà del legislatore e violerebbe la certezza del diritto (art. 25, co. 2 Cost.)²⁷. In merito alle varie fattispecie di sfruttamento sessuale di minorenni per ragioni economiche è indicata, infatti, tassativamente, in linea con una logica sistematica interna, l'unica e inderogabile soglia del raggiungimento della maggiore età, senza immaginare zone d'impunità o diminuzioni di pena.

Tale rigore è accentuato proprio dalla mancanza di una circostanza attenuante speciale, che potrebbe rivelarsi funzionale a una riduzione di pena in considerazione di elementi fattuali, riscontrabili, tra l'altro, nell'età della vittima (se, ad es., abbia già almeno sedici anni) e nel suo livello di maturità, quali indicatori da rapportare all'autore del fatto e al legame con questi, in modo da differenziare equamente la risposta dell'ordinamento, così come è stato fatto per i reati propriamente sessuali.

Distinguendo, però, i piani di indagine, occorre sottolineare come le richiamate norme in materia di violenza sessuale mirino a tutelare – diversamente dalle altre – la libertà di autodeterminazione sessuale dell'individuo, quale diritto assoluto e inviolabile, che trova riconoscimento nell'art. 2 Cost. Anche quest'affermazione, in realtà, non è generalizzabile, non rivelandosi del tutto calzante per definire il reato di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater*

²⁶ Si veda MANTOVANI, *Diritto penale*¹¹, Padova, 2020, 84.

²⁷ Sull'argomento, in particolare, v. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; GIUNTA, *L'applicazione analogica delle scriminanti: un luogo di tensione tra certezza del diritto e favor libertatis*, in *Studium iuris*, 1995, 182 ss.

c.p.), oggetto di parallelismo con quello in esame²⁸. In proposito, pure la stessa Cassazione a Sezioni unite ha affermato che la condotta ivi sanzionata non è di tipo costrittivo e il bene giuridico tutelato non è la libertà di autodeterminazione del minore, bensì la sua integrità psicofisica e il corretto sviluppo della sua sessualità²⁹. In realtà, già in sede di approvazione della L. 66/1996, aspro si era rivelato il dibattito parlamentare sulla tutela della sessualità dei minorenni tra chi voleva garantirne in termini assoluti l'inviolabilità sessuale, in quanto soggetti immaturi, e coloro che, invece, intendevano salvaguardarne in qualche modo il diritto alla sessualità. Appare, tuttavia, più aderente al dettato normativo, nonché già alle evoluzioni sociali, ritenere che il legislatore abbia voluto assicurare al minorenne una tutela parziale della sua autodeterminazione sessuale, che si raggiunge con il compimento del quattordicesimo anno, soglia che si abbassa a tredici se si tratta di sessualità tra minori³⁰, sposcando così «una politica di ‘tolleranza moderata’»³¹.

²⁸ Sulle contraddizioni a cui danno luogo le diverse soglie d'età individuate dal legislatore per le fattispecie poste a confronto, secondo RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenze nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 163, «si pone senza dubbio un problema di bilanciamento tra la libera autodeterminazione sessuale e personale del minore e l'esigenza di scongiurare i danni per il minore stesso e per la società causati dalla circolazione di tale materiale pornografico; certo teoricamente difendibile è una posizione paternalistica nei confronti del minore che, stante la pericolosità intrinseca per lo stesso della divulgazione di tale materiale, vieti in ogni caso la sua produzione».

²⁹ Cass., Sez. un., 1° ottobre 2020, n. 27326, in *www.sistemapenale.it*, 2 ottobre 2020, punto 6 del *Considerato in diritto*, in cui principalmente la Corte si sofferma sul concetto di abuso di autorità, definendola una posizione di preminenza assunta nei fatti e di natura anche privata, che viene strumentalizzata per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali (con riferimento al delitto di atti sessuali con minorenni, tale questione è stata superata a opera della L. 23 dicembre 2021, n. 238, con cui è stato introdotto un nuovo comma terzo nell'art. 609-*quater* c.p., con cui si sanziona appositamente colui che abusa della fiducia del minore ultraquattordicenne o dell'autorità o dell'influenza esercitate sullo stesso). Sempre con riferimento all'incapacità del minore infraquattordicenne di esprimere un valido consenso, v. anche Cass., Sez. III, 11 aprile 2018, n. 23205, G., Rv. 272790; Cass., sez. III, 27 maggio 2010, n. 24258, Rv. 247289, in cui si ribadisce che il bene giuridico che l'art. 609-*quater* c.p. intende proteggere non è la libertà di autodeterminazione, ma «l'integrità fisio-psichica del minore nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità».

³⁰ Su questa scelta compromissoria, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2022, 461.

³¹ MANGIONE, *La tutela penale del minore da violenze, abusi e sfruttamento a sfondo sessuale*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*³, a cura di Mangione-Pulvirenti, Milano, 2020, 274, che, peraltro, sottolinea contraddizioni e criticità in merito alla scelta del legislatore di individuare soglie d'età differenti in considerazione del bene giuridico tutelato, che incidono sul diritto all'autodeterminazione sessuale del minorenne e sulla possibilità che questi presti il consenso ad attività che si ripercuotono sulla sua sfera sessuale.

Un'ulteriore soluzione di compromesso può individuarsi, in tal senso, proprio nella riduzione di pena prevista per i casi di minore gravità ai sensi dell'art. 609-*quater*, co. 4 c.p. Trattasi di un'attenuante a efficacia speciale «a contenuto aperto»³², applicabile pure in caso di consenso prestato dal minore di quattordici anni all'atto sessuale³³. Il consenso, pur risultando inidoneo a escludere la configurabilità del reato, può essere valorizzato ai fini della diminuzione di pena, per la minore lesività del fatto in concreto.

Lo stesso ragionamento potrebbe adattarsi ai reati contro lo sfruttamento sessuale dei minorenni, i quali ricevono una tutela più estesa e rigorosa contro le condotte in grado di compromettere il loro sviluppo psicofisico, per cui anche comportamenti comunemente leciti possono assumere valenza giuridica. Le rappresentazioni pornografiche, così come le condotte prostitute, benché siano normalmente intese quali espressioni della libertà sessuale, presentano un'apposita dimensione penalistica se hanno come interlocutori minori di diciotto anni³⁴. Per lo stesso motivo, in caso di prostituzione minorile si sanziona appositamente il fruitore della prestazione sessuale, seppure resa da un minore che abbia superato l'età dell'autodeterminazione sessuale (art. 600-*bis*, co. 2 c.p.)³⁵.

Nonostante possano risultare tuttora ragionevoli queste esigenze di prudenza, la scelta di continuare a mantenere l'unica soglia del diciottesimo anno è, in assenza di eccezioni espresse, tacciabile di disorganicità all'interno del sistema normativo, non trovando significativo ancoraggio nemmeno nell'esigenza di adeguare le norme interne alle previsioni dell'art. 1 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, in cui si vuole proteggere il *minorenne* «che

³² Cass., Sez. III, 25 luglio 2011, n. 29618, M., Rv. 250626. Si veda pure Cass., Sez. III, 8 giugno 2015, n. 24342.

³³ L'attenuante, applicabile anche se il consenso è prestato dall'infrasedicenne nel caso di rapporto qualificato ai sensi dell'art. 609-*quater*, co. 1 n. 2 c.p., non opera invece ove si tratti di minore di anni dieci, per cui si configura l'ipotesi aggravata di cui all'articolo 609-*ter*, co. 2 c.p., data l'età della vittima e la conseguente assoluta impossibilità di autodeterminarsi sessualmente.

³⁴ La pornografia diventa oggetto di incriminazione se manca il consenso alla divulgazione delle immagini nel caso del c.d. *revenge porn* (art. 612-*ter* c.p.).

³⁵ La norma è riservata a colui che offre o promette denaro o altra utilità in cambio di una prestazione sessuale a un minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni, il quale è punito con la reclusione da uno a sei anni (art. 600-*bis*, co. 2 c.p.). Se, invece, il soggetto coinvolto nell'atto sessuale fosse un infraquattordicenne, si configurerebbe il più grave delitto di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater*, co. 1 n. 1 c.p.), anche se ciò avvenga dietro il corrispettivo di un'utilità economica.

sia ritenuto tale dalla legge del suo Stato» da ogni forma di sfruttamento e abuso sessuale. Una tutela differenziata in base all'età della vittima e al grado di offensività della condotta si rivelerebbe, oltre che più al passo con i tempi, anche più rispettosa del principio di proporzionalità della pena, che ha assunto negli anni sempre maggiore legittimità costituzionale.

3. *La nozione di pornografia minorile.* Né con la L. 269/1998, che ha introdotto il delitto di cui all'art. 600-ter c.p., e nemmeno con la successiva riformulazione della fattispecie avvenuta con la L. 6 febbraio 2006, n. 38, recante «*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia anche a mezzo internet*»³⁶, si è ritenuto di fornire una definizione del concetto di pornografia³⁷, investendosi così l'interprete del delicato compito risolutivo, a rischio di violare i principi costituzionalmente vincolanti di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Per molti anni la nozione di pornografia è stata ricondotta al più ampio alveo di osceno di cui all'art. 529 c.p.³⁸ e quindi all'offesa del pudore. Con il diffondersi del settore più specifico della pornografia minorile, è stato il legislatore internazionale a porsi per primo il problema di intervenire con una formula che ne precisasse i contenuti. Ai sensi dell'art. 2 lett. c) del secondo protocollo opzionale alla Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia, stipulato dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel 2000 e ratificato dall'Italia con L. 11 marzo 2002, n. 46, concernente la vendita dei bambini, la prostituzione e la pornografia minorile, «per pornografia riguardante bambini e ra-

³⁶ A dimostrazione di come questa riforma si sia rivelata subito inadeguata e insufficiente, anche da un punto di vista definitorio, v. CADOPPI, *L'assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 43 s.

³⁷ Per una definizione, si rinvia, in particolare, a COCCO, *Il concetto di pornografia minorile e i principi del diritto penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2073 ss. Si veda anche BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, 2019.

³⁸ In considerazione del diverso oggetto di tutela, secondo BACCO, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di Pulitanò, Torino, 2019, vol. I, *Tutela penale della persona*, 364 s., «Quando a essere coinvolti nelle immagini sono soggetti minori, il termine pornografia non è giuridicamente interpretabile come specificazione della categoria oscenità. [...]. In questo senso, non è necessario che immagini o filmati assumano il grado di esplicitzza richiesto per definire pornografia una scena sessuale tra soggetti adulti». Sulla possibilità di individuare, invece, un legame tra la nozione di osceno e quella di pornografia e di utilizzare i due termini come sinonimi, v. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater.1 c.p.)*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, cit., 405 ss.

gazzi si intende qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino o di un ragazzo impegnato in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di un bambino o ragazzo per scopi prevalentemente sessuali».

Alla luce di tale enunciato normativo, avallato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che ha assunto negli anni posizioni fortemente repressive, la pornografia minorile consiste nella rappresentazione di nudità di minori di anni diciotto in pose equivoche, tali da potere suscitare l'istinto sessuale, non risultando (quanto meno non più) necessaria la rappresentazione di atti sessuali³⁹.

La suindicata formula è stata ripresa poi nella Direttiva 2011/92/UE, «*relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*» (attuata nell'ordinamento interno con il d.lgs. 39/2014), che ha sostituito la Decisione quadro del Consiglio d'Europa 2004/68/GAI⁴⁰, per i limiti strutturali che questa manifestava, anche per ciò che riguarda le nuove forme di abuso e sfruttamento attraverso le tecnologie informatiche⁴¹. In particolare, nell'art. 2 lett. c) della Direttiva, oltre a definirsi pedopornografico il «materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali, o simulati», si qualifica pornografia minorile «la rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali»⁴². In termini analoghi ci si era già espressi ai sensi dell'art. 20, co. 2 della Convenzione del

³⁹ Cass., Sez. III, 7 giugno 2010, n. 21392, Rv. 247601.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 1 della Decisione quadro del 22 dicembre 2003, «*relativa alla lotta sullo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*», per pornografia infantile si intendeva il «materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica». Nella stessa nozione erano fatte rientrare anche le «immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta» (sussumibile nella definizione di «pornografia virtuale», di cui all'art. 600-*quater*, co. 1 c.p.).

⁴¹ Cfr. ONIDA, *Lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori*, in www.minori.gov.it, 11 gennaio 2012.

⁴² Autonoma considerazione meriterebbero, con riferimento al bene giuridico tutelato, le ulteriori definizioni di «pornografia minorile» o «materiale pornografico» presenti all'interno della stessa disposizione, in cui si ricomprendono «il materiale che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure la rappresentazione per scopi prevalentemente sessuali degli organi sessuali di una persona che sembra un minore», così come le «immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o immagini realistiche degli organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali».

Consiglio d'Europa, firmata a Lanzarote nel 2007, poi testualmente recepita e formalizzata nell'art. 4, co. 1 lett. h) della L. 172/2012, di ratifica ed esecuzione della stessa⁴³. In quest'occasione, attraverso l'inserimento del comma settimo dell'art. 600-ter c.p., si è fornita finalmente una definizione codicistica di pornografia minorile, che si è rivelata maggiormente repressiva di quella indirettamente ricavabile dal testo originario. Trattasi di una disposizione di chiusura, ai sensi della quale si afferma che «per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali». È proprio, in realtà, quest'ultimo periodo a rappresentare il nucleo della norma, finalizzato a chiarire che non occorre un'esibizione lasciva degli organi sessuali o un atteggiamento del minore sessualmente allusivo, che attesti la sua partecipazione a scene, esibizioni o spettacoli a sfondo sessuale, ritenendosi invece sufficiente una qualunque riproduzione della nudità del minore per scopi sessuali⁴⁴.

Nel concetto di organi genitali vengono fatte rientrare anche quelle parti del corpo considerate come zone erogene, quali il seno e i glutei, definite comunemente «organi sessuali secondari»⁴⁵.

⁴³ Sull'argomento, v. COCCO, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1802 ss.

⁴⁴ *Ex plurimis*, Cass., Sez. III, 17 aprile 2023, n. 16134; nonché già Cass., Sez. III, 7 febbraio 2013, n. 5874, Liberati, Rv. 246351-01. In particolare, è stato ritenuto reato scattate foto a bambini nudi su una spiaggia, a meno che l'immagine manchi di riferimenti lascivi o allusivi: su quest'aspetto, v. Cass., Sez. III, 31 gennaio 2019, n. 4872; Cass., Sez. III, 12 febbraio 2018, n. 6374. Prima della riforma del 2012, invece, si veda Cass., Sez. III, 22 marzo 2010, n. 10981, Khan, in *Cass. pen.*, 2011, 1412 (con nota conforme di ROIATI, *La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza*), secondo cui il comportamento di uno sconosciuto che fotografa insistentemente bambini sulla spiaggia, nonostante possa destare preoccupazione o allarme nei genitori, indotti a sospettare intenti più o meno malsani, sino a che questi ipotetici intenti rimangano tali, non integra il reato di produzione di materiale pedopornografico. Anche in quegli anni, tuttavia, una parte della giurisprudenza ha assunto posizioni più repressive, ritenendo penalmente rilevanti le immagini di minori nudi ritratti in contesti che non li vedevano in alcun modo coinvolti in condotte sessuali: così Cass., Sez. III, 3 marzo 2010, n. 21392, cit. (in cui il minore viene ripreso nella doccia di uno spogliatoio).

⁴⁵ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91 (circa la ricostruzione del giudice rimettente di cui al punto 1.1 del *Considerato in diritto*). Si veda pure Cass., Sez. III, 9 marzo 2020, n. 9354, C., in *www.dirittifondamentali.it*. In tema di violenza sessuale, era da tempo ritenuto alquanto pacifico inclu-

La definizione legislativa di pornografia minorile è volta a comprendere, dunque, la rappresentazione degli organi sessuali di un minorenne che – quand’anche non risultasse coinvolto in attività sessuali – sia capace di esprimere uno scopo sessuale. Non appare certo, tuttavia, se la rappresentazione in sé debba essere oggettivamente connotata da uno scopo sessuale o se si possa ritenere sufficiente che l’autore del fatto (chi ha prodotto l’immagine ovvero colui che la utilizza) agisca con un intento sessuale. La dottrina prevalente propende per la prima soluzione, giudicandola più aderente a un diritto penale del fatto⁴⁶. La scelta appare condivisibile in particolar modo nella misura in cui, ove la rappresentazione mancasse di un contenuto oggettivamente pornografico e non si realizzasse un’effettiva offesa alla persona del minore, si sanzionerebbe la propensione alla perversione di chi abbia percepito come sessuale un’immagine dai contenuti obiettivamente neutri.

L’apprezzamento della natura pedopornografica di una rappresentazione potrebbe essere compiuto, in questo modo, «senza bisogno di particolari indagini, sulla base del semplice esame di essa, dovendosi ritenere che, in applicazione di una plausibile massima di esperienza, già la visione della immagine possa consentire la materiale individuazione, nell’oggetto esaminato, di quelle caratteristiche che ne consentono la riconducibilità ai predetti elementi descrittivi della fattispecie»⁴⁷.

dere queste parti del corpo fra le zone suscettibili di indebita intrusione nella sfera sessuale della persona: *ex multis*, v. Cass., Sez. III, 23 settembre 2004, n. 37395.

⁴⁶ Così BERTOLINO, *Convenzioni, direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Torino, 2014, 34; CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore*, in *Studium iuris*, 2013, 800; nonché BACCO, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, cit., 365. In senso solo parzialmente diverso, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 232, che, pur sembrando optare per una valutazione dello scopo sessuale tratta dal contesto e dalle modalità della rappresentazione, individuano poi una soluzione di compromesso, sottolineando come «non sempre la destinazione a scopi sessuali di immagini di nudità potrà essere oggettivamente desunta, in maniera certa e inequivocabile, dalle caratteristiche intrinseche della rappresentazione; sicché sarà giocoforza ricercare un ausilio ricostruttivo nell’impiego di criteri soggettivi, per loro natura incerti e ancor meno affidabili, volti a individuare la finalità sessuale nella disposizione psicologica e nell’intenzione dei soggetti che fanno uso delle immagini dei minori». Quest’ultimo orientamento è seguito anche dalla giurisprudenza più recente, così Cass., Sez. III, 15 marzo 2023, n. 29817, Rv. 284899.

⁴⁷ Cass., Sez. III, 21 luglio 2016, n. 24113. Secondo, tuttavia, Cass., Sez. III, 15 marzo 2023, n. 29817, F., Rv. 284899, la finalità sessuale, «laddove non immediatamente evincibile, può essere desunta da ogni elemento utile, compresa l’intenzione dell’agente, posto che il reato sussiste quando tale rappre-

4. *Dallo sfruttamento all'utilizzazione di minorenni fino alla punibilità della c.d. pornografia domestica.* Per un'interpretazione adeguata del delitto di pornografia minorile, l'*incipit* dell'art. 600-ter c.p. ne rappresenta la chiave di volta in grado di compendiare l'intera disposizione, rivelandosi funzionale anche ai fini dell'esegesi dei commi susseguenti, nella misura in cui si sanziona un'azione che può risultare prodromica e strumentale rispetto a ulteriori condotte criminose.

Alla luce dell'originaria formulazione codicistica, lo sfruttamento del minore per la realizzazione di esibizione pornografiche o per la produzione di materiale pornografico sembrava presupporre un utilizzo abituale dello stesso per finalità lucrative, requisito quest'ultimo che limitava fortemente il perimetro applicativo della norma. Sul tema intervennero nel 2000 le Sezioni unite, che respinsero simile interpretazione restrittiva, fornendo un'ampia lettura del concetto di sfruttamento, pur catalogando la disposizione in esame come reato di pericolo concreto⁴⁸. In questo modo, nonostante sembrasse si volesse giocare d'anticipo per prevenire la diffusione del materiale pedopornografico prodotto, si subordinava la punibilità della condotta a un effettivo accertamento della sua potenzialità diffusiva.

Quest'impostazione ha ben presto suscitato perplessità fra la dottrina, che, pur apprezzando la finalità della Suprema Corte di evitare eccessi repressivi derivanti da presunzioni astratte di pericolosità, ha ritenuto che la soluzione «devia[sser] l'ottica di tutela della persona da forme di sfruttamento sessuale [giacché] ciò che rileva è l'abuso della sessualità del soggetto, a prescindere dal pericolo di diffusione del materiale»⁴⁹. Si è lamentato, in buona sostanza, che restassero escluse dall'art. 600-ter, co. 1 c.p. le ipotesi nelle quali mancas-

sentazione, non altrimenti giustificabile, sia qualificabile come diretta a soddisfare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo».

⁴⁸ Cass., Sez. un., 5 luglio 2000, n. 13, Bove, Rv. 216337-01, secondo cui, attraverso questa fattispecie, «l'ordinamento appresta una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo quei comportamenti prodromici che, anche se non necessariamente a fine di lucro, ne mettono a repentaglio il libero sviluppo personale con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia». In proposito, si veda, altresì, la nota di BRICCHETTI, *Per integrare il delitto di sfruttamento non è necessaria la finalità lucrativa*, in *Guida dir.*, 2000, 27, 51.

⁴⁹ BACCO, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, cit., 366. Sull'argomento, pure LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. pen.*, 2008, 4169 ss.

se il pericolo concreto di circolazione del materiale stesso.

Può riconoscersi come la decisione espressa allora dalle Sezioni unite fosse sintomatica dell'ancora limitata diffusione dei *social networks*; la stessa, tuttavia, pur se ragionevole in quel preciso contesto storico, ha iniziato poi a rivelarsi anacronistica. Bisognava attendere, però, ancora a lungo affinché la Cassazione cambiasse orientamento e attestasse che ormai «La “piazza telematica” è aperta a tutti e la sua idoneità a diffondere quanto tutti vi versano, incluso il materiale pornografico, ha raggiunto notoriamente un livello così elevato da esonerare la necessità di valutazione del concreto pericolo, nel momento in cui il materiale, appunto, è inserito entro un frequentatissimo social network, come [...] *Facebook*»⁵⁰. Da quel momento in poi le reti sociali sono proliferate, perfezionandosi e implementando ulteriormente la possibilità di diffondere informazioni e immagini, così da diventare un fenomeno globale che ha rivoluzionato le abitudini delle persone.

L'interpretazione più restrittiva, seguita fino ad allora dalla giurisprudenza di legittimità⁵¹, era stata già formalmente superata dalla Decisione quadro 2004/68/GAI - in cui si evidenziava, in particolare, la pericolosità della pornografia infantile a causa della diffusione di *Internet (considerando 5)* - e dalla riformulazione normativa apportata con la L. 38/2006, che ha recepito pressoché integralmente la previsione sovranazionale e favorito un'anticipazione della rilevanza penale della fattispecie.

Il legislatore, in quell'occasione, è intervenuto a modificare la struttura e quindi la portata applicativa del reato di produzione di materiale pedopornografico, sostituendo l'espressione “sfruttamento” - contemplata pure nell'art. 600-*bis*, co. 1 n. 2 c.p., fra le condotte integranti la fattispecie di prostituzione minorile - con il termine “utilizzo”. Si è promosso, in questo modo, un

⁵⁰ Cass., Sez. III, 20 aprile 2015, n. 16340, M., Rv. 263355, in cui, tuttavia, non si nega ancora la natura di reato di pericolo della disposizione in esame.

⁵¹ Si vedano, in particolare, Cass., Sez. III, 25 maggio 2015, n. 16616, T., Rv. 263116; Cass., Sez. III, 17 aprile 2015, n. 16107, in *Cass. pen.*, 2015, 4476; Cass., Sez. III, 4 ottobre 2012, n. 47869, *ivi*, 2013, 3996; Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 6982; Cass., Sez. III, 11 marzo 2010, n. 17178, Flak, Rv. 246982; Cass., Sez. III, 28 dicembre 2009, n. 49604, M., Rv. 245749; Cass., Sez. III, 16 febbraio 2005, n. 5774, M., Rv. 230732. A favore, invece, di un'interpretazione più “estensiva”, v. Cass., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049, in *Guida dir.*, 2016, 41, 76; Cass., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, in *Foro it.*, 2015, 7-8, II, 472; Cass., Sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119.

ampliamento dello spettro applicativo della disposizione, fino a comprendere condotte episodiche nelle quali sia ritratto un minore in rappresentazioni fotografiche o filmiche destinate a rimanere in ambito privato, prescindendo cioè da ulteriori scopi lucrativi e dal pericolo di diffusione del materiale⁵².

L'aver reso irrilevante il fine economico e la possibilità di ottenere vantaggi di altra natura dal materiale realizzato ha legittimato la perseguibilità della pornografia a uso personale, che, in assenza della dimostrazione del pericolo di diffusione delle immagini, era rimasta confinata fino a quel momento nella più lieve fattispecie di detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater*, co. 1 c.p.). Il reato così riscritto ha «assicura[to] una tutela anticipata rispetto ai rischi connessi a documentazione di carattere pornografico»⁵³, che può realizzarsi agevolmente in una dimensione domestica, anche qualora, oltre alla vittima, sia minorenni pure l'autore della condotta e fra i due intercorra una relazione sentimentale, purché i ruoli risultino sbilanciati e uno dei due rivesta una posizione dominante.

A dimostrarsi risolutiva al fine di evitare un'applicazione indiscriminata della disposizione è stata l'interpretazione correttiva del termine “utilizzare” fornita dalla dottrina, con cui si è sottolineato l'aspetto dispregiativo che connota la condotta tipica, in modo che possa dirsi “utilizzato” da altri colui che è trattato come un oggetto, un utensile appunto⁵⁴.

Su questo tema sono intervenute nuovamente le Sezioni unite, che, a distanza di diciotto anni dalla precedente pronuncia, sono state costrette a cambiare opinione tenuto conto della nuova formulazione della previsione incriminatrice, nonché delle continue evoluzioni informatiche e telematiche, non risultando più necessario l'accertamento del pericolo concreto di diffusione del materiale pedopornografico⁵⁵.

⁵² Cfr. CADOPPI, *Art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, a cura di Cadoppi, IV ed., Padova, 2006, 141. Fra le poche pronunce che hanno aderito, già in quel momento, a quest'interpretazione, Cass., Sez. III, 31 gennaio 2012, n. 27373, Z.

⁵³ Così Cass., sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, in www.giurispudenzapenale.com.

⁵⁴ Cfr. CADOPPI, *Art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, cit., 160.

⁵⁵ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, in *Diritto di internet*, 2019, 1, 177 ss., su cui si veda pure la nota adesiva di PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*, cit.; nonché in *Cass. pen.*, 2019, 601, con nota di B. ROMANO, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni unite: dal pericolo concreto al reato di danno*. Si veda pure, dello stesso A., *I confini della*

Anche questa volta, però, la giurisprudenza di legittimità, prestando adesione all'ormai consolidata accezione denigratoria del termine "utilizzo", ha inteso respingere soluzioni eccessivamente repressive a cui si sarebbe prestata la nuova formulazione normativa ed evitare così «ipercriminalizzazioni», in modo da promuovere al contempo «l'autonomia privata sessuale»⁵⁶. Si è voluto, in particolare, subordinare l'applicazione dell'art. 600-ter, co. 1 c.p. alla condizione che il materiale non sia autoprodotta dal minore «in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto»⁵⁷. Si tratta del fenomeno del c.d. *sexting* minorile, che si caratterizza per la realizzazione autonoma e spontanea del materiale pornografico da parte dello stesso minore (c.d. *selfie*), che ha raggiunto l'età del consenso sessuale, o comunque con il suo coinvolgimento, purché esso sia destinato unicamente ad uso privato delle persone coinvolte. Non deve trattarsi necessariamente di autoproduzione, poiché il minore, pur non avendo realizzato e inviato personalmente il materiale pornografico, potrebbe aver sollecitato il *partner* a scattare delle foto o effettuare un video o avere comunque concordato con questi le modalità di realizzazione delle sue immagini intime.

Si è affermato che, proprio «allo scopo di evitare l'incriminazione di un comportamento evidentemente privo di rilevanza penale, [...] per 'utilizzo' deve intendersi la trasformazione del minore, da soggetto dotato di libertà e dignità sessuali, in strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri

repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istante di autonomia, Torino, 2019, 544 ss. Sempre su questa pronuncia, v. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, 5, 1207 ss.; nonché DI GIOVINE, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in *Quest. giust.*, 2018, 4, 61, che si chiede se «Siamo al cospetto di un *overruling* o di un *distinguishing*», pur riconoscendo come il confine tra i due concetti sia «tutt'altro che chiaro». Si veda pure il commento di BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen. web*, 2019, 1.

⁵⁶ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, cit., punto 4.1.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Si vedano già, anteriormente alla pronuncia delle Sezioni unite del 2018, Cass., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 34357; Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*. Per un'interpretazione più completa e sistematica del requisito dell'alterità della produzione del materiale pedo-pornografico rispetto alle varie fattispecie contemplate nell'art. 600-ter c.p., v. Cass., Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 5522, in www.sistemapenale.it, 4 dicembre 2020, con nota di ROSANI, *Cessione di immagini pedopornografiche autoprodotte ('selfie'): la Cassazione rivede la propria lettura dell'art. 600-ter c.p.* Si veda pure PECCIOLI, *La circostanza della minore gravità nel delitto di pedopornografia*, cit., 1301.

o per il conseguimento di utilità di vario genere; condotta che rende invalido anche un eventuale consenso»⁵⁸. Presupposto indispensabile è che il minore abbia almeno quattordici anni, quale limite convenzionale, oltre che per il conseguimento dell'età imputabile, anche per prestare il consenso sessuale⁵⁹. Se da un'analisi concreta un ultraquattordicenne può risultare capace di comprendere il significato del suo comportamento e di autodeterminarsi, non dovrebbe sussistere nei confronti della vittima di pari età una presunzione assoluta di incapacità. In assenza, tuttavia, di una scelta legislativa che contempli tale soglia rispetto alle fattispecie che sanzionano lo sfruttamento sessuale di minorenni, il raggiungimento del quattordicesimo anno integra solo un elemento di valutazione, per comprendere se sia riscontrabile o meno una forma di strumentalizzazione del minore, quale elemento tipico della fattispecie⁶⁰.

Ciò dimostra come il reato di pedopornografia può configurarsi, non solo qualora siano altri a realizzare la produzione del materiale in esame (scattando fotografie di natura erotica), ma anche quando il minore agisca di propria iniziativa, per essere stato istigato o indotto a tali azioni, poiché «anche in detta ipotesi il minore diventa una sorta di “autore mediato” che attua la condotta oggetto di incriminazione non per una sua libera scelta, ma perché in balia della volontà dell'agente»⁶¹. A questi fini, non occorre che ci sia stata co-

⁵⁸ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, cit., punto 4.1.2 del *Considerato in diritto*. In questi termini anche Cass., Sez. III, 11 marzo 2020, n. 17178, cit., ribadendo che per “utilizzo” s'intende la «degradazione del minore oggetto di manipolazione» e precisando che, proprio in virtù di questa strumentalizzazione, «non assum[al] valore esimente il relativo consenso». Sul tema, si vedano già, *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, C., Rv. 269412; nonché già Cass., Sez. III, 10 ottobre 2013, n. 41776; Cass., Sez. III, 16 gennaio 2012, n. 1181, L., Rv. 251905; Cass., Sez. III, 12 luglio 2007, n. 27252, cit.

⁵⁹ In termini più rigorosi, si era affermato che una valutazione in concreto dell'età della vittima non rilevasse, giacché si presumeva comunque che la stessa fosse stata oggetto di manipolazione, in quanto un minore di anni diciotto non potesse disporre della propria immagine, non avendo la capacità di agire di cui all'art. 2 c.c.: così, Cass., Sez. III, 20 luglio 2018, n. 34162, in cui si afferma testualmente come «la norma così intesa non lascia spazio a varchi volti ad escludere la rilevanza penale del fatto, graduabili in relazione all'età della vittima, quando questa sia prossima, come nel caso di specie, al compimento del diciottesimo anno età: l'eventuale adesione del minore è infatti caratterizzata fino al limite della maggiore età da uno stato d'inferiorità e di minorata difesa che porta necessariamente la vittima stessa a dare un consenso viziato».

⁶⁰ È quanto la giurisprudenza afferma anche in tempi più recente: Cass., Sez. III, 7 marzo 2024, n. 9696, in www.osservatoriofamiglia.it.

⁶¹ Cass., Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 2252, C., Rv. 280825-02, punto 1.2.1 del *Considerato in diritto*.

strizione, essendo sufficiente un'opera di convincimento, né rileva accertare se il relativo proposito sia stato fatto sorgere ovvero solo rafforzato (in quanto già esistente), giacché tali condotte costituiscono parimenti la manifestazione della strumentalizzazione del minore, quale attività idonea ad integrare la fattispecie incriminata⁶².

Non può escludersi nemmeno la configurabilità del reato in esame in caso di autoproduzione di materiale pornografico di colui che risulti essere “avvezzo” a diffondere rappresentazioni intime, poiché, «anzi, la familiarità alla divulgazione di proprie immagini erotiche è spesso sintomo della particolare fragilità del minore»⁶³.

Se si ritiene che il minorenni, anche ultraquattordicenne, non sia in grado di autodeterminarsi su aspetti attinenti alla sfera sessuale che possono favorire uno sfruttamento anche solo futuro della sua immagine, allora non rileva distinguere tra un *facere* o un *non facere*, prevalendo la presunzione assoluta che questi abbia patito l'influenza altrui⁶⁴. Se, invece, più correttamente, bisogna sindacare in concreto il grado di consapevolezza di questi circa i potenziali effetti delle sue scelte, non assumendo il minorenni automaticamente il ruolo di vittima di «condotte [...] aventi un carattere abusivo»⁶⁵, a poco importa che le immagini siano autoprodotte o eteroprodotte, giacché basterebbe appurare che non abbia subito costrizione o ricatto emotivo.

Proprio ai fini di quest'accertamento, è apparso opportuno soffermarsi attentamente sulla posizione effettivamente tenuta dall'agente, ricavabile dalle modalità di realizzazione della condotta, dalle utilità tratte e dalla posizione di supremazia rivestita nei confronti del minorenni, anche in relazione all'età di entrambi, nonché dal rapporto intercorrente con questi.

Tale aspetto sembra pacifico alle Sezioni unite, intervenute nel 2022 ancora

⁶² Cass., Sez. III, 3 novembre 2023, n. 44175, in *www.dirittifondamentali.it*, punto 2.3 del *Considerato in diritto*, Cass., Sez. III, 18 giugno 2019, n. 26862, P., Rv. 276231-01.

⁶³ Cass., Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 2252, cit., punto 1.2.1 del *Considerato in diritto*. Negli stessi termini, v. anche Cass., Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 1509, Rv. 274342.

⁶⁴ Secondo l'orientamento rigoroso seguito in passato dalla giurisprudenza: così Cass., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 39872, cit.; Cass., Sez. III, 21 novembre 2012, n. 47239; Cass., Sez. III, 23 novembre 2011, n. 1181, cit.; Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 43414. Un timido cambiamento è iniziato a intravedersi nella sentenza della Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, cit.

⁶⁵ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, cit.

una volta sul tema, a completamento di quanto già affermato in precedente. In quest'occasione, facendo un parallelismo con la fattispecie di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), sembra valorizzarsi il ruolo del consenso del minore ultraquattordicenne, che rimane pur sempre subordinato a un concreto accertamento sull'assenza di fattori di condizionamento, precisandosi che tale valutazione debba essere ancora più accurata nei confronti di soggetti di età compresa fra i quattordici e i sedici anni, richiedendo questi una «tutela rafforzata»⁶⁶. Viene recuperata utilmente, in questo modo, la divisione per fasce d'età già presenti nell'intero sistema penale, pur se negli anni soggette a erosione, al fine di elevare complessivamente a diciotto anni le garanzie per i minori d'età⁶⁷.

Tornando, quindi, al tema della pornografia domestica, questa rappresenta una “fattispecie atipica”, non in grado di integrare il reato di cui all'art. 600-*ter* c.p. in assenza di forme di strumentalizzazione del minorenne, al quale, con il compimento dei quattordici anni, deve essere riconosciuto il diritto di esercitare la propria libertà sessuale, anche attraverso riproduzioni video o fotografiche. Presupposto necessario per ritenere tali condotte non offensive è, però, la destinazione delle immagini prodotte a un uso esclusivamente privato. In linea di continuità con quanto dichiarato in precedenza, anche stavolta la Cassazione afferma che «il discrimine fra il penalmente rilevante e il penalmente

⁶⁶ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, cit., punto 4.3 del *Considerato in diritto*. Nell'ipotesi considerata dalla Suprema Corte, il consenso era stato prestato dal minorenne nell'ambito di una relazione con un adulto. Sull'argomento, v. BIANCHI, *Per una tipizzazione della produzione e diffusione di “pedo-pornografia domestica”*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1, 7, che reputa la soluzione prospettata dalla Corte «un'operazione ardita, dal momento che fino ad oggi la scelta di attribuire efficacia giuridica alle manifestazioni di volontà del minore è sempre stata effettuata dal legislatore». In termini meno critici, RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, in *Giur. it.*, 2022, 1474.

⁶⁷ La soglia dei sedici anni è contemplata, in ambito sostanziale, solo rispetto ai reati del Capo III del Titolo XII, limitatamente agli artt. 602-*ter*, co. 5 (su cui v., *infra*, par. 7), 609-*quater*, co. 1 n. 2 e co. 2 c.p., e 609-*undecies*, co. 1 c.p. (non più, quindi, in tema di prostituzione minorile ex art. 600-*bis*, co. 2 e 3 e violenza sessuale aggravata ex art. 609-*ter*, co. 1 n. 5), nonché per le fattispecie, fra loro parallele, di cui agli artt. 689 e 730 c.p. Nel codice di rito, a fare riferimento ai minori di sedici anni è ormai esclusivamente l'art. 114, co. 6 c.p.p. (sul divieto di pubblicazione di generalità e immagini di minorenni), individuandosi complessivamente l'unica soglia del compimento dei diciotto anni per le ipotesi in cui prima era considerata la diversa fascia d'età (si pensi alle modifiche apportate agli 190-*bis*, co. 1-*bis* c.p.p., sull'esame testimoniale, e agli artt. 392, co. 1-*bis* e 398, co. 5-*bis* c.p.p., in tema di incidente probatorio). Sono rimaste in vigore, invece, le previsioni relative ai minori di sedici anni di cui agli artt. 23, in tema di misure cautelari, e 33, sull'udienza dibattimentale pubblica, del d.P.R. 448/1988.

irrilevante in questo campo non è il consenso del minore in quanto tale, ma la configurabilità dell'utilizzazione⁶⁸, evidenziando, inoltre, come (anche) quest'ultimo concetto debba «armonizzarsi e trovare coerenza interpretativa con le disposizioni contenute nel Titolo XII, Capo III [...], Sezione I [...] e Sezione II»⁶⁹.

È la disponibilità esclusiva del materiale a rendere non perseguibile la pornografia domestica; di conseguenza – ed è qui che la Cassazione si spinge oltre rispetto alle pronunce precedenti –, se il materiale venisse messo successivamente in circolazione, il reato di cui all'art. 600-ter c.p. si configurerebbe lo stesso, pur se relativamente alle ipotesi meno gravi di cessione o diffusione delle immagini (art. 600-ter, co. 3 e 4 c.p.), indifferentemente che ciò avvenga disattendendo agli accordi iniziali con il minorenne ovvero su richiesta o con il consenso di quest'ultimo, a meno che la divulgazione si realizzi per sua esclusiva iniziativa, ovvero a causa di eventi assolutamente imprevedibili, malgrado le cautele adottate per evitarla⁷⁰.

Nonostante sia sempre difficile escludere con certezza che il minore sia stato vittima di asservimento, manipolazione⁷¹ o “ricatto affettivo”, tanto più se si accerti un coinvolgimento emotivo, non si può escludere che questi abbia voluto spontaneamente documentare aspetti della sua sessualità e condividerli con il partner; non altrettanta considerazione merita, invece, la sua volontà di diffondere ad altri tali immagini, per i pericoli ulteriori a cui sottoporrebbe se stesso, ma anche i minori non direttamente coinvolti, per la possibilità di incentivare il mercato perverso della pedofilia⁷².

Da ultimo, la Cassazione ha ribadito sinteticamente questi concetti, afferman-

⁶⁸ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, cit., punto 4.1.2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ *Ivi*, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁰ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, cit., punto 9.3 del *Considerato in diritto*, in cui si distingue a seconda che la circolazione del materiale fosse frutto di un calcolo iniziale (per cui ricorre la fattispecie più grave dell'art. 600-ter, co. 1 c.p.) o di una scelta sopravvenuta (in tal caso possono configurarsi i reati di cui ai commi 3 e 4). In senso critico sulla prima delle due ipotesi, v. PECCIOLI, *La circostanza della minore gravità nel delitto di pedopornografia*, cit., 1303.

⁷¹ Sull'argomento, pur se in tema di induzione alla prostituzione minorile, v. Cass., Sez. un., 14 aprile 2014, n. 16207, Rv. 258757, in cui si sottolinea come «l'opera di convincimento può consistere anche in doni, lusinghe, promesse, preghiere [...] e deve avere avuto una efficacia causale e rafforzativa della valutazione del minore». Su quest'aspetto, anche Cass., Sez. III, 18 aprile 2019, n. 26862, cit.

⁷² Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, cit.

do che la rilevanza penale del fatto è ricavabile dalla condotta di chi «manovra, adopera, strumentalizza o sfrutta il minorenne [...] servendosi dello stesso o facendone uso nel proprio interesse e piegandolo ai propri fini come se fosse uno strumento)»⁷³. Occorre, quindi, un'analisi scrupolosa del contesto di riferimento, dell'età, della maturità e dell'esperienza del minore, nonché del suo stato di dipendenza o del legame con l'autore della condotta, così come di eventuali finalità commerciali del materiale prodotto. Come affermato anche dalla Corte costituzionale, «è richiesta, quindi, da parte del giudice del caso concreto, una prudente valutazione globale del fatto»⁷⁴. È da tutti questi elementi che possono trasparire forme di coercizione o di condizionamento della volontà del minorenne, «restando escluse dalla rilevanza penale del fatto solo le condotte realmente prive di offensività rispetto all'integrità psico-fisica dello stesso»⁷⁵.

Nelle more di un intervento del legislatore che ponga fine alla questione, non bisogna perdere di vista la tassatività del precetto normativo e il bene giuridico protetto. La previsione dell'art. 600-ter c.p. rappresenta il frutto di una precisa scelta legislativa – pur se non del tutto organica –, rimasta integra nei suoi tratti essenziali nonostante i numerosi interventi di ortopedia normativa succedutisi negli anni, ma la cui interpretazione ha risentito certamente, in particolare, di quanto disposto nel § 3 della Direttiva 2011/93/EU e nell'art. 20 § 3 della Convenzione di Lanzarote del 2007, in cui è riscontrabile un espresso riferimento al consenso del minore ultraquattordicenne, al fine non incriminare la produzione e l'abuso di materiale pedopornografico destinato unicamente a uso privato.

Per quanto concerne l'oggetto di tutela, non si tratta di salvaguardare l'autonomia sessuale, quanto di preservare l'intimità, la dignità e il riserbo sessuale dei minori di anni diciotto da condotte di sfruttamento. Il minorenne ultraquattordicenne, ritenuto in grado di esprimere liberamente il consenso all'atto sessuale, può non comprendere o sottovalutare le gravi conseguenze che possono derivare dall'eventuale diffusione delle sue immagini intime, tan-

⁷³ Cass., Sez. III, 14 febbraio 2024, n. 6558.

⁷⁴ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁷⁵ Cass., Sez. III, 13 dicembre 2024, n. 45806, in www.osservatoriofamiglia.it; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2024, n. 6558, cit.

to più se fossero rese “virali” sui *social media*.

Come risulta dalla recente Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio⁷⁶, vi sono reati in cui la violenza è intrinsecamente connessa all’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (denominate «TIC»), che sono utilizzate per amplificare in modo significativo la gravità dell’impatto dannoso della condotta delittuosa, modificando in tal modo le caratteristiche della stessa. Il reato che si distingue per l’uso della violenza *on line* (tra cui viene fatto rientrare anche quello in esame)⁷⁷ e che «può trarre origini anche in contesti educativi come la scuola o l’università, con conseguenze devastanti sul proseguimento degli studi e sulla salute mentale, provoca esclusione sociale, ansia e induzione all’autolesionismo e può, in casi estremi, anche portare al suicidio»⁷⁸.

Va ribadito come il consenso del minorenni rappresenti solo un elemento di convincimento da valutare con prudenza. In una logica sanzionatoria binaria contesa tra il punire molto severamente e il non punire affatto, il ruolo della vittima e il rapporto intercorrente con l’autore potrebbero rivelarsi funzionali a incidere, oltre che sull’*an* della punibilità, certamente sul *quantum* della pena, anche per l’applicazione dell’attenuante della minore gravità del fatto (v. par. succ.)⁷⁹.

⁷⁶ In tema di *cyberviolence*, il legislatore europeo ha fornito una risposta alle necessità rilevate dalla Corte EDU, 11 febbraio 2020 (ric. 56867/2015), Buturugă c. Romania, in www.dirittodidifesa.eu, dal GREVIO (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*), che in precedenza aveva denunciato la gravità della violenza digitale contro le donne, e dal Parlamento europeo che, con la risoluzione del 14 dicembre 2021, poneva la questione proprio sulla violenza di genere commessa tramite strumenti digitali ed informatici.

⁷⁷ Si rinvia, in proposito, alla nt. 21. Sul tema, v. pure BIANCHI, *L’abuso dell’immagine intima nella Direttiva (UE) 2024/1385*, in www.sistemapenale.it, 8 novembre 2024.

⁷⁸ *Considerando* 17 della già citata Direttiva. Sul tema degli effetti psicologici prodotti sulla vittima, tanto più se minorenni, derivanti dalla divulgazione di immagini sessualmente esplicite, v. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 aprile 2015, 5.

⁷⁹ Un giudizio più ampio e complesso, che coinvolge la personalità dell’autore del reato, nonché la sua condotta di vita antecedente e successiva ad esso, è richiesto, invece, rispetto alla causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p., applicabile qualora la pena detentiva non superi nel minimo i due anni, ma preclusa *a priori* per diverse fasce di reati tassativamente previste - tra cui quello di pornografia minorile (ai sensi del co. 3 n. 3) -, in quanto ritenute astrattamente gravi. Sul tema, si veda, in particolare, BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma “Cartabia”: scenari per l’abolizione dei minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it, 13 gennaio 2022.

5. *La proporzionalità della pena attraverso il procedimento del tertium comparationis.* Con l'evoluzione tecnologica e dei costumi, nonché a seguito della conclamata crisi delle relazioni intime, si accentuano gli atteggiamenti disfunzionali nelle dinamiche interpersonali, che possono sfociare in nuove forme di criminalità, per cui il diritto si trova a rivestire il ruolo di indicatore delle trasformazioni sociali che è costretto a rincorrere. Il compito che gli è attribuito è quello di intervenire per arginare l'onda lunga derivante dalle tempeste emotive di una popolazione sensibile al dirompere di questi fenomeni che potrebbero richiedere, deludendo spesso le aspettative mediatiche⁸⁰, sanzioni meno draconiane e soprattutto più individualizzate e proporzionate all'offensività della condotta, che può presentare sfaccettature diverse a seconda del campo di osservazione⁸¹.

Emblematici appaiono, a tal proposito, i reati che attengono alla sfera sessuale, per i quali il legislatore ha immaginato pene molto elevate e uniformi, che denotano eguale gravità, malgrado il diverso grado di offesa degli interessi in gioco. La pena della reclusione è, infatti, sempre da sei a dodici anni per i delitti di prostituzione minorile (art. 600-*bis*, co. 1 c.p., ipotesi in cui alla sanzione detentiva è congiunta quella pecuniaria, da 15.000 a 150.000 euro), pornografia minorile (relativamente alle ipotesi di cui all'art. 600-*ter*, co. 1 e 2 c.p., a cui si aggiunge ancora la pena della multa da 24.000 a 240.000 euro), turismo sessuale (art. 600-*quinqüies* c.p., reato anch'esso punito con pena congiunta), nonché violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p., sanzionato invece solo con la pena della reclusione).

In particolare, si sottolinea come, rispetto al delitto di pornografia minorile, siano riscontrabili incongruità sia all'interno dello stesso art. 600-*ter* c.p., nell'equiparare *quoad poenam* condotte dotate di un diverso disvalore, che in una comparazione esterna con fattispecie assimilabili, con riferimento al trattamento sanzionatorio complessivamente considerato (frutto della pena con-

⁸⁰ In particolare, v. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

⁸¹ Proprio con riferimento alle fattispecie in esame (come in particolare modificate con la L. 172/2012), v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 219, in cui si evidenzia un'«esasperazione della dimensione “simbolica” della legge penale, anche in funzione di censura morale di alcune forme di comportamento in ogni caso disapprovate per la loro (ritenuta) perversità o viziosità, ancorché in se stesse prive di concreta offensività o pericolosità nei confronti di tangibili beni giuridici del minore».

giunta detentiva e pecuniaria⁸² e dell'eventuale presenza di circostanze speciali). Sull'irragionevolezza della pena prevista per questo reato, rispetto al quale è precluso al giudice di adeguare la sanzione al caso concreto, mitigando la risposta punitiva, si è pronunciata di recente la Corte costituzionale⁸³.

Come accade ormai da un po' di anni, di fronte a un legislatore che interviene prevalentemente sulla parte speciale del codice e al preciso fine di aumentare le pene edittali o le circostanze aggravanti, anche blindandole rispetto a eventuali attenuanti (v. par. 7), conferendo così al diritto penale una funzione sempre più simbolico/populista⁸⁴, è il Giudice delle leggi a dovere riequilibrare l'impalcatura codicistica, raddrizzandola per riportarla sui binari delle garanzie, e ad assumere «il ruolo di *mediazione nei conflitti sociali e politici*»⁸⁵. Quest'ultimo, a cui è formalmente preclusa «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» (art. 28 L. 11 marzo 1953, n. 87, «*sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale*»), a meno che non si tratti di scelte legislative arbitrarie o manifestamente sproporzionate, superata la fase di *self-restraint*, già a partire dalla fine degli anni '70, ha iniziato gradualmente a verificare la congruità delle scelte sanzionatorie attraverso il canone della ragionevolezza, non in considerazione alle scelte incriminatrici, ma per ciò che riguarda la cornice edittale⁸⁶.

Con il passare del tempo, all'invocato principio di ragionevolezza della pena è subentrato quello di proporzionalità. Quest'ultima locuzione, utilizzata alme-

⁸² Cfr. Corte cost., 6 luglio 2020, n. 136, in *www.sistemapenale.it*, 13 luglio 2020, punto 6 del *Considerato in diritto*, in cui si afferma che «la ragionevolezza della pena debba essere giudicata secondo una valutazione complessiva della pena pecuniaria e della pena detentiva, dando rilievo all'unitarietà del trattamento sanzionatorio complessivamente predisposto dal legislatore, in quanto in tal modo si consente al giudice, attraverso la graduabilità della pena detentiva comminata congiuntamente a quella pecuniaria, un consistente margine di adeguamento del trattamento sanzionatorio alle particolarità del caso concreto».

⁸³ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit.

⁸⁴ Con riferimento specifico ai delitti sessuali, si rinvia a MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, *passim*.

⁸⁵ MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 218.

⁸⁶ Così Corte cost., 9 luglio 1974, n. 218, con cui la Corte, nel dichiarare illegittima la previsione censurata, riserva al legislatore la scelta della pena ragionevole. Si veda, pure, Corte cost., 25 maggio 1979, n. 26, in merito all'equiparazione sanzionatoria di condotte di diversa gravità previste a norma dell'art. 186 c.p.p.m., sanzionate invece ragionevolmente dalla legge penale comune «con pene fortemente differenziate». In dottrina, in particolare, PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei limiti sanzionatori o sproporzione «irrazionale»?», in *Giur. cost.*, 1997, 774 ss.*

no inizialmente come sinonimo⁸⁷ o, meglio, quale «diretta espressione del generale canone di ragionevolezza»⁸⁸, nonché intesa in termini di fungibilità pure rispetto ai criteri di razionalità ed eguaglianza, ha acquistato una sua autonomia⁸⁹, frutto di un'interpretazione non strettamente ancorata a un unico principio costituzionale, ma improntata a un bilanciamento di valori⁹⁰.

L'ingerenza della Consulta in questo ambito ha sollevato, almeno inizialmente, delle critiche⁹¹, per l'evidente difficoltà di individuare delle soluzioni tautologiche, che risolvessero le questioni di legittimità senza lasciare vuoti di tutela, attraverso brusche amputazioni normative, né sfiorare in opere di creazione legislativa, in dispregio del principio di riserva di legge (art. 25, co. 2 Cost.).

La violazione del criterio di proporzionalità della pena è stata affrontata, quindi, tendenzialmente, attraverso il procedimento “a rime obbligate” del *tertium comparationis*, che, ponendo a confronto fattispecie omogenee, consente di riequilibrare le asimmetrie sanzionatorie senza invadere il campo della discrezionalità legislativa⁹².

⁸⁷ Cfr. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it. Sul tema, v. anche MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 26 ss.; MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 480 ss., nonché, ancor più di recente, VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2025, 7, che riferisce come, in varie sentenze dell'ultimo decennio, la Corte abbia utilizzato le due nozioni «alla stregua di un'endiadi».

⁸⁸ Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁸⁹ Cfr. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, cit., 8 ss.

⁹⁰ Sull'argomento, si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti: bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁹¹ In particolare, v. MAZZA, *Il principio di proporzionalità fra reato e sanzione in alcune norme del testo unico delle leggi sulla caccia*, in *Giur. merito*, 1976, 4, 130 ss.

⁹² Sul tema, in particolare, DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, 174 ss.; MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; PULITANÒ, *La proporzionalità della pena, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 48 ss., e, ancor più di recente, BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, ivi, 2019, 2, 139 ss.; MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss.; RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 343 ss.; nonché VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di*

Come accennato, proprio sull'eccessiva asprezza sanzionatoria della fattispecie di cui all'art. 600-ter, co. 1 n. 1 c.p., in particolar modo per ciò che riguarda il minimo edittale, si è pronunciata la Corte costituzionale con una sentenza di tipo additivo. In quest'occasione, riconoscendosi la necessità di una «valvola di sicurezza», in grado di consentire l'irrogazione di una pena adeguata al caso concreto, è stata dichiarata illegittima la norma⁹³, nella parte in cui non è previsto che «nei casi di minore gravità» si applichi una riduzione di pena, al pari di quanto avviene per il reato di atti sessuali con minorenni ai sensi dell'art. 609-quater, co. 6 c.p.⁹⁴. Questa fattispecie, oltre a richiedere lo stesso trattamento sanzionatorio, «presenta significativi tratti in comune con quella ora all'esame, mirando anch'essa a tutelare il libero e armonico sviluppo della personalità del minore nella sfera sessuale»⁹⁵.

In questo caso, infatti, al pari che per il reato di violenza sessuale (art. 609-bis, co. 3 c.p.)⁹⁶, è possibile ridurre la pena «in misura non eccedente i due terzi» per le ipotesi che si rivelino meno gravi e parametrare così la risposta penale alla entità dell'offesa.

La Corte ha ritenuto necessario fornire al giudice, anche per la fattispecie in esame, lo strumento per «graduare e “personalizzare” la pena da irrogare in concreto», in considerazione della concreta offensività della condotta, così da

diritto penale e costituzionale, Torino, 2021, *passim*.

⁹³ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit.

⁹⁴ Sull'attenuante di minore gravità applicabile per il reato di atti sessuali con minorenni (art. 609-quater, co. 4 c.p.), occorre anche in questo caso effettuare valutazioni complessive, così, fra le più recenti, Cass., Sez. III, 2 settembre 2024, n. 33334, in www.osservatoriofamiglia.it; Cass., Sez. III, 22 luglio 2024, n. 29734, *ivi*; Cass., Sez. III, 2023, n. 43225; Cass., Sez. III, 1° marzo 2023, n. 8735; In senso analogo, Cass., Sez. III, 10 ottobre 2017, n. 46461, Rv. 271348. Secondo Cass., Sez. III, 14 luglio 2017, n. 34512, costituisce elemento negativo di valutazione la circostanza che gli atti sessuali si inseriscano nell'ambito di una “relazione amorosa” con il minore, essendo tale situazione indice, da un lato, di una sostanziale prevaricazione ai danni della vittima e, dall'altro, della ripetizione degli atti sessuali per un considerevole lasso di tempo.

⁹⁵ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁹⁶ In tema di violenza sessuale, ai fini del riconoscimento della minore gravità di cui all'art. 609-bis, co. 3 c.p., deve farsi riferimento a una valutazione complessiva del fatto, così Cass., Sez. III, 2 gennaio 2024, n. 7. Appare pacifico, quindi, che assumano rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, in modo da accertare che la libertà sessuale non sia stata compromessa in maniera grave e che non le sia stato arrecato un danno grave, pure in termini psichici: così Cass., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 50336, Rv. 27761. Si vedano pure Cass., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 6784, Rv. 266272; Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 21623, Rv. 263821. In termini critici, invece, v. Cass., Sez. III, 22 agosto 2023, n. 35030.

garantire «il rispetto del principio della proporzionalità della sanzione in una con la individualizzazione della pena e la sua finalità rieducativa»⁹⁷.

Così facendo, si è garantita anche la possibilità di riequilibrare le previsioni edittali nell'ambito dello stesso art. 600-ter c.p., in cui si sanziona parimenti condotte dotate di diversa gravità. In questo caso, pur a parità di bene giuridico tutelato, a variare è l'intensità dell'offesa, che si caratterizza appunto per una progressione criminosa. Questo riallineamento può ormai realizzarsi sebbene il trattamento sanzionatorio dell'art. 600-ter c.p. non sia stato considerato nella sua interezza, visto che la fattispecie esaminata (di cui alla parte iniziale del primo comma) non è stata posta a confronto con le altre ipotesi delittuose contenute nella stessa norma. Il giudice *a quo*, infatti, ha formulato l'eccezione di legittimità costituzionale, equiparando la disposizione in esame con un'altra previsione incriminatrice che, pur tutelando formalmente un diverso bene giuridico, è stata qualificata come omogenea⁹⁸, non soltanto perché inserita all'interno dello stesso Capo del Titolo XII, ma in quanto predisposta a tutela di minori. Se le due disposizioni non fossero state in qualche modo assimilabili per ragioni logico-sistematiche, la stessa comparazione sarebbe risultata improponibile⁹⁹. Tale distonia si sarebbe rilevata ancor più insuperabile in virtù della prospettazione di estendere l'operatività di un'attenuante speciale ad effetto speciale, «che, per sua stessa natura, deroga all'ordinario effetto diminuyente»¹⁰⁰.

La lacuna codicistica è accentuata, peraltro, se si considera che l'attenuante era prevista per condotte che potevano risultare addirittura maggiormente offensive di quelle contemplate nella disposizione censurata, che ne rimaneva invece sguarnita ingiustamente, pure in considerazione dell'ampiezza che contraddistingue la formulazione normativa, «in grado di includere, nel proprio ambito applicativo, condotte marcatamente dissimili, sul piano criminologico

⁹⁷ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

⁹⁸ Si veda in tal senso, *ex plurimis*, CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 242 ss.

⁹⁹ Corte cost., 23 luglio 2020, n. 282; Corte cost., 6 luglio 2020, n. 136, cit.; Corte cost., 22 maggio 2009, n. 161.

¹⁰⁰ Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1323 ss., con commento di PECCIOLI, *La proporzionalità del minimo edittale dell'estorsione: una trasfigurazione del "tertium comparationis"*.

e del tasso di disvalore»¹⁰¹. L'ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-ter, co. 1 n. 1 c.p., peraltro, essendo configurabile pur in assenza di un fine di lucro, potrebbe risultare in concreto particolarmente meritevole di una riduzione di pena¹⁰².

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale, la circostanza attenuante della minore gravità è apparsa la soluzione più adeguata in considerazione della giovane età dell'imputato (all'epoca dei fatti appena maggiorenne), della contenuta differenza di età tra autore e vittima, della rappresentazione di organi sessuali solo secondari, nonché dell'assenza di finalità commerciali o divulgative, così come di tecniche di manipolazione psicologica o di tipo seduttivo/affettivo, trattandosi di condotte di «persuasione non ostinata».

Anche questa volta¹⁰³, la Corte ha riconosciuto che, ai fini di adeguare la pena alla gravità del fatto commesso, non sarebbe di ausilio l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche (art. 62-bis c.p.), che sono volte a mitigare la misura della sanzione in presenza di indicatori soggettivi e oggettivi, ma non a fungere da correttivo ove vi sia sproporzione dei minimi edittali (per il reato di specie pari a sei anni di reclusione)¹⁰⁴. Può accadere, quindi, che, il giudice risulti vincolato a irrogare in concreto una pena manifestamente eccessiva in rapporto alla gravità del fatto, a causa dell'elevata entità della soglia minima prevista per la fattispecie astratta, anche in considerazione delle attenuanti eventualmente applicabili (ivi comprese le attenuanti generiche ex art. 62-bis c.p.).

6. *La diminuzione dei casi di minore gravità.* Già nel 2012, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la disposizione che sanziona il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) con una pena edittale molto elevata nel minimo (venticinque anni di reclusione), nella parte in cui non è prevista

¹⁰¹ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁰² Si veda, in tal senso, Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

¹⁰³ Fra le altre, in particolare, v. Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63.

¹⁰⁴ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., punto 7 del *Considerato in diritto*. Sulla funzione delle attenuanti generiche, si veda MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022, 47 ss.

un'attenuante per i fatti di lieve entità, in violazione sia del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) che della funzione rieducativa della pena (art. 27, co. 3 Cost.)¹⁰⁵. In particolare, ponendo a confronto tale delitto con quello di sequestro terroristico o eversivo (art. 289-*bis* c.p.)¹⁰⁶, si è accolta la questione di legittimità costituzionale, nella misura in cui per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione non fosse contemplata la diminuzione della minore gravità, diversamente da quanto disposto ai sensi dell'art. 311 c.p., in cui è consentita una riduzione della pena fino a un terzo per il più grave delitto contro la personalità dello Stato¹⁰⁷. Quest'ultimo è stato assunto, quindi, come *tertium comparationis* per l'identità di condotta e di trattamento sanzionatorio, per ciò che concerne la pena della fattispecie base e il regime delle circostanze. Nel raffronto con il reato di sequestro terroristico o eversivo, è apparso irragionevole aver riservato la clausola di salvezza a una fattispecie che offende un bene giuridico maggiormente meritevole di protezione di quanto possa essere il patrimonio, pur se inteso in una proiezione sopraindividuale, pregiudicato invece dal sequestro di natura estorsiva. Per questa ragione, è stata ritenuta «manifestamente irrazionale - e dunque lesiva dell'art. 3 Cost. - la mancata previsione in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione di una attenuante per i fatti di lieve entità, analoga a quella applicabile alla fattispecie

¹⁰⁵ Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, su cui, in particolare, si vedano i commenti di SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 2393; SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente "preso - troppo?" - sul serio*, in *Giur. cost.*, 2012, 906.

¹⁰⁶ Poco prima la Corte aveva respinto un'analoga questione di legittimità, ritenendo che la norma richiamata a confronto dal giudice *a quo* - l'attenuante prevista per il reato di sequestro di ostaggi (art. 3, co. 3 L. 718/1985, di «Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979») - non fosse idonea a fungere da *tertium comparationis*, trattandosi di fattispecie criminosa «più ampia e generica rispetto al delitto di cui all'art. 630 cod. pen.»: Corte cost., 22 luglio 2011, n. 240. In questi termini, già l'ordinanza della Corte cost., 8 maggio 2007, n. 163.

¹⁰⁷ Con riferimento al reato previsto dall'art. 285 c.p., sul divieto di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto di cui all'art. 311 c.p. rispetto all'aggravante della recidiva reiterata (art. 99, co. 4 c.p.), la Corte cost., 12 maggio 2023, n. 94, ha dichiarato illegittimo l'art. 69, co. 4 c.p., nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti unicamente con la pena editale dell'ergastolo, limita il giudizio di comparazione delle circostanze, imponendo così al giudice di infliggere una sanzione «fissa» e «indefettibile». Su quello che è diventato noto come il c.d. «caso Cospito», si veda la nota di PAGELLA, *La Corte costituzionale sull'art. 69, c. 4 c.p.: illegittimo il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata nel caso di delitti per i quali è previsto l'ergastolo*, in *Sistema penale*, 2023, 12, 27 ss.

“gemella” che, *ceteris paribus*, aggredisce l’interesse di rango più elevato¹⁰⁸. In quell’occasione, peraltro, per la prima volta, il Giudice delle leggi ha riconosciuto espressamente la violazione del principio di proporzione, quale limite alla discrezionalità legislativa nella scelta sanzionatoria, che troverebbe riconoscimento costituzionale nell’art. 27, co. 3, posto a garanzia della funzione rieducativa della pena, che verrebbe appunto disattesa ove essa non sia graduata al fatto commesso¹⁰⁹.

Come per il reato di pornografia minorile (art. 600-ter c.p.), in cui il parallelismo è stato operato con un delitto che offende formalmente un diverso bene giuridico, consistente nella libertà personale (di cui alla Sezione II - pur se dello stesso Capo III - del Titolo XII), in quell’occasione la Corte ha messo a confronto reati aventi un oggetto di tutela differente, che si riflette ancor di più nei contenuti del dolo specifico e si palesa *ictu oculi* nella diversa collocazione codicistica, il che denota come la somiglianza fra i due fosse solo apparente, trattandosi eventualmente solo di gemellaggio fra “fattispecie eterozigoti”.

Conscia della marcata disomogeneità delle fattispecie¹¹⁰ e consapevole delle critiche che avrebbe potuto sollevare, e che poi di fatto sollevò¹¹¹, la Corte in quell’occasione non poté disconoscere tale evidente discrasia, ma tuttavia volle sottolineare - con una precisazione che sarebbe potuta sembrare un’*excusatio non petita* - come la diversità non soltanto non impedisce la comparazione, ma «rafforza, anzi, il giudizio di violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza»¹¹².

Ciò dimostra che i tempi iniziavano a rivelarsi maturi da consentire alla Corte costituzionale di potersi lasciare andare a soluzioni meno vincolanti e a valu-

¹⁰⁸ Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, cit., punto 7.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁹ La Corte, già qualche anno prima, aveva affermato che una pena palesemente sproporzionata sarebbe avvertita come palesemente ingiusta dal condannato e non potrebbe assolvere a una funzione rieducativa: Corte cost., 28 luglio 1993, n. 343; Corte cost., 22 luglio 1994, n. 341.

¹¹⁰ In realtà, il Giudice delle leggi ha più volte ribadito che il raffronto tra fattispecie normative diretto a vagliare la ragionevolezza delle scelte legislative di dosimetria penale debba avere ad oggetto casistiche omogenee, risultando altrimenti improponibile la stessa comparazione. Si vedano, in particolare, Corte cost., 6 luglio 2020, n. 136, cit.; Corte cost., 22 maggio 2009, n. 161, cit.

¹¹¹ In particolare, SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, cit., 2401 ss.

¹¹² Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, cit., punto 5 del *Considerato in diritto*.

tazioni maggiormente discrezionali in tema di dosimetria sanzionatoria.

L'esplicita svolta, in tal senso, è avvenuta quattro anni dopo, occasione in cui la Consulta ha ritenuto possibile effettuare un sindacato sulla proporzionalità "intrinseca" della pena, in modo da accertare che questa sia adeguatamente calibrata sul fatto concreto al di fuori dell'ordinario ragionamento triadico¹¹³. Stando a quest'orientamento, non occorre più individuare con precisione una figura delittuosa omogenea, potendosi condurre lo scrutinio di proporzionalità direttamente sulla base della gravità del reato in se stesso, del trattamento sanzionatorio complessivamente previsto e della corrispondenza di questo al finalismo rieducativo della pena (art. 27, co. 3 Cost.)¹¹⁴.

Tornando alle questioni inerenti alla possibilità di estendere circostanze attenuanti per la minore gravità del fatto anche a reati sprovvisti di siffatto beneficio in assenza di ragionevoli giustificazioni, parzialmente simili rispetto a quelle considerate sono le vicende che hanno coinvolto i delitti di estorsione e di rapina di lieve entità.

In primo luogo, si è eccepito che, in virtù della severità del minimo edittale della pena detentiva per il reato di estorsione, sanzionato appunto con la reclusione da cinque a dieci anni (art. 629 c.p.), la pena da irrogare in concreto potrebbe risultare irragionevole e sproporzionata, anche qualora si applicasse l'attenuante comune della speciale tenuità, di cui all'art. 62, co. 1 n. 4 c.p.¹¹⁵. Si è lamentato, in particolare, che, in assenza di un'attenuante apposita, non

¹¹³ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, su cui si veda pure la nota di VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 61 ss. Si veda anche Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in tema di illegittimità costituzionale delle pene accessorie fisse per il delitto di bancarotta fraudolenta. A seguito della pronuncia del 2016, che potrebbe qualificarsi come una "sentenza pilota", secondo PONTEPRINO, *La "storia infinita" del sindacato sulla proporzionalità della pena. I recenti tracciati della giurisprudenza della Consulta nelle pronunce sull'appropriazione indebita e sulla rapina di lieve entità*, in *www.sistemapenale.it*, 9 settembre 2024, 11, «Dalle rime obbligate si passa ai versi sciolti o - meglio - alle rime adeguate: il giudice delle leggi può procedere, immediatamente, alla rimozione del *vulnus* denunciato, attivandosi nella ricerca di un sostituto sanzionatorio». In tema di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), quale fattispecie comprensiva di condotte di diverso disvalore e oggetto di bruschi inasprimenti sanzionatori, si veda, di recente, Corte cost., 22 marzo 2024, n. 46, secondo cui un intervento ablativo sui minimi edittali (di due anni di reclusione) non determinerebbe vuoti di tutela, ma comporterebbe la riespansione della previsione generale di cui all'art. 23 c.p., che stabilisce in quindici giorni la durata minima della reclusione.

¹¹⁴ Cfr. Corte cost., 6 luglio 2020, n. 136, cit., sulla possibilità di porre in comparazione a fini sanzionatori i due commi dell'art. 625 c.p., in cui sono disciplinate le aggravanti specifiche del furto.

¹¹⁵ Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, cit.

fosse possibile ridurre la pena al di sotto dei minimi edittali per un fatto di modesto disvalore. Già allora i *giudici a quibus* hanno individuato un elemento di comparazione nella diminuzione di pena in misura non eccedente i due terzi prevista ai sensi dell'art. 609-*bis*, co. 3 c.p., in caso di violenza sessuale di minore gravità. In via subordinata, oggetto specifico di confronto è stata pure la circostanza a efficacia comune per lieve entità del fatto di cui all'art. 311 c.p., ritenuta nel frattempo applicabile - come accennato - al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione¹¹⁶.

Nessuna "assonanza" è risultata riscontrabile - com'era peraltro prevedibile - tra il delitto di estorsione e quello di violenza sessuale, per il quale l'attenuante a effetto speciale assolve allo specifico scopo di temperare gli effetti della riforma del 1996¹¹⁷, con cui, a seguito dell'abrogazione delle vecchie fattispecie di violenza carnale e di atti di libidine violenti (artt. 519 e 521 c.p. abr.), si è disposta la sussunzione all'interno di un unico titolo di reato di condotte tra loro assai differenti per gravità, attraverso l'adozione di un'unitaria nozione di atti sessuali¹¹⁸. Proprio per questa ragione, la Corte ha ritenuto che il reato di violenza sessuale fosse «radicalmente inidoneo alla comparazione»¹¹⁹, precisando appunto come la circostanza attenuante dell'art.

¹¹⁶ Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, cit. Sul tema, si veda pure Corte cost., 8 luglio 2021, n. 143, con cui è stato dichiarato illegittimo l'art. 69, co. 4 c.p., nella parte in cui è previsto il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità (da applicare al sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p.) sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, co. 4 c.p.

¹¹⁷ In termini critici, v. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio di sciattezza legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395 ss.

¹¹⁸ Sul tema, si veda Corte cost., 18 aprile 2014, n. 106, con riferimento al divieto di bilanciamento, ex art. 69, co. 4 c.p., dell'attenuante speciale di cui all'art. 609-*bis*, co. 3 c.p. con l'aggravante della recidiva reiterata (art. 99, co. 4 c.p.), applicandosi in questo modo una pena sproporzionata a fatti che recano minor offesa alla libertà sessuale rispetto a quelli più gravi disciplinati nel primo comma e precludendo la possibilità di riequilibrare condotte delittuose di diversa offensività. Sull'argomento, si veda anche Corte cost., 26 luglio 2005, n. 325, con cui, invece, si è dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale del reato di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p., nella misura in cui non trova riconoscimento l'attenuante di minore gravità qualora il fatto violento sia realizzato da una sola persona, diversamente da quanto previsto ai sensi degli artt. 609-*bis*, co. 3 e 609-*quater*, co. 6 c.p. Si sottolinea, in proposito, «un'evidente incompatibilità dell'attenuante in parola con l'oggettiva, eccezionale gravità di una ipotesi criminosa cui si accompagna una aggressione particolarmente intensa della sfera della libertà sessuale. Come emerge dai lavori preparatori della legge n. 66 del 1996, il delitto in esame presuppone comportamenti talmente violenti e un livello così intenso di costrizione della libertà sessuale della vittima da precludere l'applicazione dell'attenuante dei "casi di minore gravità"».

¹¹⁹ Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

609-*bis*, co. 3 c.p. «si iscrive nel contesto di un’operazione legislativa di generale riconfigurazione dei delitti sessuali, alla quale il reato di estorsione è estraneo»¹²⁰.

In analogia a quanto disposto per l’estorsione, di poco successiva è la pronuncia della Corte costituzionale¹²¹ in tema di rapina impropria *ex art.* 628 cpv. c.p., con cui si sanziona la condotta di chi «adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l’impunità». In quest’occasione, proprio in virtù dell’equiparazione con l’altro già citato delitto contro il patrimonio – rispetto al quale ci si era già espressi in termini unitari, per via dei beni giuridici coinvolti, nonché in considerazione dell’identità della cornice edittale¹²² –, è stato dichiarato illegittimo il secondo comma dell’art. 628 c.p. (e in via consequenziale anche il comma primo, in tema di rapina propria), in ragione della sproporzione del trattamento sanzionatorio individuato per questa fattispecie, per effetto della mancata previsione di un’attenuante nel caso in cui il fatto sia di lieve entità¹²³. Tale esigenza è apparsa ancor più rilevante a causa dei ripetuti inasprimenti dei minimi edittali ap-

¹²⁰ Corte cost., 15 giugno 2023, n. 120, cit., punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹²¹ Corte cost., 13 maggio 2024, n. 86.

¹²² Così Corte cost., 11 luglio 2023, n. 141, con cui già – sempre facendo un parallelismo fra i reati di estorsione e quello di rapina – era stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 69, co. 4 c.p., circa il divieto di bilanciamento della circostanza attenuante della particolare tenuità del danno patrimoniale *ex art.* 62, co. 1 n. 4 c.p. sull’aggravante della recidiva reiterata (art. 99, co. 4 c.p.), in considerazione del fatto che «La latitudine dello schema legale dei delitti in parola, d’altra parte, fa sì che essi si prestino ad abbracciare anche condotte di modesto disvalore» (punto 3.2 del *Considerato in diritto*). Sempre ai fini dell’applicabilità dell’attenuante comune di cui all’art. 62, co. 1 n. 4 c.p. al delitto di rapina, v. Cass., Sez. un., 15 novembre 2024, n. 42124, in *www.sistemapenale.it*, 21 novembre 2024, in cui si è ritenuto non più sufficiente che il bene sottratto sia di modestissimo valore economico, dovendosi considerare – trattandosi di un reato plurioffensivo – anche gli effetti dannosi prodotti sulla vittima di minacce o violenza (punto 16 del *Considerato in diritto*).

¹²³ In proposito, MACCHIA, *Note minime su Sezioni unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina*, in *www.sistemapenale.it*, 18 febbraio 2025, 11, sottolinea come «Gli indici di tale attenuante – estemporaneità della condotta, scarsità dell’offesa personale alla vittima, esiguità del valore sottratto, assenza di profili organizzativi – garantiscono [...] che la riduzione della pena sia riservata alle ipotesi di lesività davvero minima, per una condotta che pur sempre incide sulla libertà di autodeterminazione della persona». L’A. evidenzia poi la sovrapposizione fra la nuova circostanza e quella comune di cui all’art. 62, co. 1 n. 4, che, oltre a sembrare sostanzialmente «assorbita» nella neonata figura di circostanza attenuante speciale, coniata additivamente dalla Corte costituzionale» (*ivi*, 13), deve anche formalmente cederle il posto, potendo trovare spazio e attenuare il reato solo quando le ipotesi *ivi* contemplate non ne integrano elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali (art. 62, co. 1 c.p.).

portati dal legislatore¹²⁴, che hanno reso oltretutto difficile il raggiungimento della soglia funzionale all'applicazione della sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

La circostanza attenuante applicabile ai «nei casi di minore gravità» (artt. 609-*bis*, co. 3 e 609-*quater*, co. 6 c.p.), in assenza di tipizzazione legislativa, rientra «nel novero delle circostanze cosiddette indefinite o discrezionali»¹²⁵ ed è lasciata all'interpretazione del giudice ancor più dell'affine diminvente per «particolare tenuità del fatto» (art. 648, co. 2 c.p.) o per «lieve entità del fatto» (art. 311 c.p.). In quest'ultimo caso, pur se in modo approssimativo, si è effettuata un'opera di tipizzazione, giacché la funzione di queste attenuanti «consiste propriamente nel mitigare - in rapporto ai soli profili oggettivi del fatto (caratteristiche dell'azione criminosa, entità del danno o del pericolo) - una risposta punitiva improntata a eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale»¹²⁶. Diversamente, inoltre, dall'attenuante della *particolare* o *lieve* entità, che consente una valutazione autonoma del fatto considerato, per cui lo stesso può essere giudicato nella sua unitarietà, la struttura grammaticale utilizzata per definire la circostanza di *minore* gravità presuppone una comparazione fra grandezze equiparabili, rispetto alle quali una rileva *meno di* un'altra. In questi casi, la diminvente trova giustificazione non in relazione a un comportamento specifico, ma a una regola di esperienza, per cui può applicarsi quando la condotta esaminata presenti un «disvalore significativamente inferiore a quello normalmente associato alla realizzazione di un fatto conforme alla figura astratta del reato»¹²⁷.

Trattandosi comunque di circostanze che operano a favore del reo, l'assenza di determinatezza non inficia i principi costituzionali, che rispondono a una *ratio* di garanzia (art. 25, co. 2 Cost.)¹²⁸. L'indeterminatezza del precetto nor-

¹²⁴ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, co. 8 lett. a) L. 23 giugno 2017, n. 103, con cui era stato elevato il minimo edittale da tre a quattro anni di reclusione, e all'art. 6, co. 1 lett. a) L. 26 aprile 2019, n. 36, con cui sempre il minimo di pena è stato portato a cinque anni.

¹²⁵ Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, cit., punto 5 del *Considerato in diritto*. Sul tema, v. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, cit., 177 ss.

¹²⁶ Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, cit.

¹²⁷ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹²⁸ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna, 2019, 439. La questione cambia

mativa e l'ampiezza della riduzione di pena conferiscono, tuttavia, al giudice un potere discrezionale che potrebbe vanificare gli intenti del legislatore nel predisporre per queste fattispecie sanzioni elevate.

Varie sono, complessivamente, le previsioni che consentono di ridurre la pena in base alla scarsa portata offensiva della condotta, tutte riconducibili a logiche simili, ma non del tutto coincidenti, come attestato dal diverso *nomen iuris* attribuito alle diverse circostanze attenuanti, riscontrabili non solo in ambito strettamente codicistico, che assolvono a questa specifica finalità¹²⁹. La scelta di *nomina* differenti per individuare le varie tipologie di circostanze attenuanti non sembra lasciata al caso, ma appare rivolta a consentire all'interprete valutazioni diversificate, paramtrate all'entità e ai calcoli della riduzione di pena da applicare.

A colmare il difetto di determinatezza della nuova circostanza attenuante per la minore gravità del delitto di produzione di materiale pedopornografico ha provveduto la Corte costituzionale, che ha individuato degli elementi rivelatori di intensità dell'offesa, senza anche qui imporre soluzioni nuove, ma richiamando i criteri assunti dalla giurisprudenza di legittimità per i delitti sessuali¹³⁰. Ad assumere rilievo, quindi, «le modalità esecutive e l'oggetto delle immagini pedopornografiche, il grado di coartazione esercitato sulla vittima (anche in riferimento alla mancanza di particolari tecniche di pressione e manipolazione psicologica o seduzione affettiva), nonché le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, pure in relazione all'età (e alla contenuta diffe-

sensibilmente rispetto alle c.d. aggravanti indefinite (es. in merito al fatto di «rilevante gravità»), che, operando sulla sfera di libertà del reo, sarebbero censurabili per carenza di determinatezza. Sul tema, si rinvia a BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1013 ss. Sul tema si veda anche SICIGNANO, *Analogia e circostanze attenuanti*, Napoli, 2023.

¹²⁹ Ci si riferisce, in particolare, al concetto di «lieve entità» richiamato nell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990 in tema di stupefacenti (come modificato dall'art. 4, co. 3 d.l. 123/2023, conv. con modif. in L. 159/2023, con cui, in particolare, sono stati tratteggiati nuovamente i fatti di lieve entità e si è estesa anche a questi la confisca allargata ex art. 240-bis c.p.), che prevede una rideterminazione dei limiti edittali da sei mesi a cinque anni. Cfr. PENCO, *Le novità in materia di stupefacenti e fatto di lieve entità introdotte dalla L. N. 159 del 2023: ricadute processuali e criticità di sistema*, in *Leg. pen.*, 2024, 138. Sulla natura autonoma o circostanziale dell'ipotesi di lieve entità, si v. già MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di Insolera-Manes, Milano, 2012, 104 s.

¹³⁰ Cass., Sez. III, 24 ottobre 2023, n. 43225, cit.; Cass., Sez. III, 1° marzo 2023, n. 8735, cit.

renza con l'età del reo) e al danno, anche psichico, arrecatole»¹³¹.

7. *La disciplina delle circostanze.* Va sottolineato, inoltre, come, con la L. 172/2012, sia stata realizzata un'organica revisione della disciplina delle circostanze in tema di delitti contro la personalità individuale. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 602-ter c.p., introdotto con la L. 2 luglio 2010, n. 108 (di ratifica della c.d. Convenzione di Varsavia sulla tratta degli esseri umani) - in sostituzione della previsione contenuta nell'abrogato art. 600-sexies c.p. - e poi modificato appunto nel 2012, momento in cui si è inserito, tra l'altro, il comma quinto, in cui è disciplinata un'ipotesi aggravata degna di maggior attenzione¹³².

Ai sensi di questa disposizione, infatti, la pena, già sufficientemente elevata, «Nei casi previsti dagli artt. 600-bis, co. 1 e 2, 600-ter, 600-quinquies [...], è aumentata dalla metà a due terzi se il fatto è commesso in danno di minori di anni sedici». Si può sottolineare, quindi, come la sanzione della reclusione da sei a dodici anni sia rivolta solo ai delitti in esame commessi a danno di soggetti fra i sedici e i diciotto anni di età¹³³. La circostanza aggravante, speciale e ad effetto speciale, è applicabile altresì qualora l'autore del fatto sia, a sua volta, un minore, pur se bilanciabile in tal caso con l'attenuante della minore età. Mentre, però, nei confronti di quest'ultimo, ove sia accertata la capace di intendere e di volere, la pena è diminuita (pur se fino a un terzo) per via dell'età (art. 98 c.p.) e si procede davanti al Tribunale per i minorenni (adesso Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie), con le formule decisorie previste dal d.P.R. 448/1988¹³⁴, nessuna significativa riduzione di

¹³¹ Corte cost., 20 maggio 2024, n. 91, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹³² Quest'esigenza era già stata avvertita dalla dottrina. In particolare, v. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 158, che auspicava l'estensione di privilegi nel giudizio del bilanciamento anche a questi reati, per i quali erano già previsti solo «irrigidimenti processuali e penitenziari», trattandosi di fattispecie «poste a tutela del diritto alla sicurezza e in grado di creare allarme sociale [...] per la particolare rilevanza del bene giuridico protetto».

¹³³ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, cit., 185, in cui si afferma che tali aggravanti, volte a inasprire una cornice edittale di per sé molto elevata, testimoniano come tutte queste previsioni incriminatrici siano inapplicabili all'ipotesi di pornografia minorile domestica.

¹³⁴ Per fronteggiare situazioni di degrado sociale e vulnerabilità giovanile, evidenziatesi con la recrudescenza di episodi di criminalità minorile, con il c.d. Decreto Caivano, recante «*Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale*» (d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modif. in L. 13 novembre 2023, n.

pena è operabile se l'autore del fatto abbia già compiuto i diciotto anni¹³⁵, anche se la differenza d'età con la vittima non sia particolarmente rilevante. Può segnalarsi, peraltro, come, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 602-ter c.p., si proceda in deroga alla regola generale del bilanciamento fra circostanze eterogenee (art. 69 c.p.), per cui le circostanze attenuanti – al di fuori delle ipotesi indicate negli artt. 98 [minore età] e 114 [contributo di minima importanza per i reati commessi in concorso di persone]¹³⁶ –, se concorrenti con le aggravanti di cui alla presente sezione, «non possono essere ritenute prevalenti o equivalenti rispetto a queste». La scelta di blindare le circostanze aggravanti in caso di concorso con circostanze di segno opposto incide sensibilmente sulla possibilità di graduare la pena, già di per sé particolarmente elevata, in base all'effettivo disvalore della condotta, vincolando ulteriormente il potere discrezionale del giudice (art. 132 c.p.).

Si tratta di una preclusione che potrebbe favorire, di qui a poco, un'ulteriore pronuncia del giudice delle leggi per violazione del principio di proporzionalità, che risulta compromesso ogniqualvolta il divieto di bilanciamento impedisca al giudice di attribuire adeguato rilievo a circostanze attenuanti espressive di una minore offensività del fatto e di una minore colpevolezza dell'autore¹³⁷.

159), si è precluso ai minorenni autori di reati gravi, tra cui quelli di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) e violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.), pur se per le sole ipotesi aggravate dell'art. 609-ter c.p., di poter godere dell'epilogo della sospensione del processo con messa alla prova (art. 28, co. 5-bis d.P.R. 448/1988). In particolare, v. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1554 ss. Sulla riforma in esame, v. anche CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Riv. pen. dir. proc.*, 2023, 4, 541 ss.; MASSARO, *La risposta 'punitiva' a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 2, 488 ss.

¹³⁵ Ai fini della pena, la figura del giovane adulto è considerata solo in tema di sospensione condizionale ex art. 163, co. 3 c.p., ai sensi del quale, in particolare, «Se il reato è stato commesso da persona di età superiore agli anni diciotto ma inferiore agli anni ventuno [...], la sospensione può essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della libertà personale non superiore a due anni e sei mesi».

¹³⁶ Proprio sulle esenzioni accordate a queste due circostanze, v. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 51 ss.

¹³⁷ Pressocché in questi termini, in particolare, Corte cost., 30 ottobre 2023, n. 197, in *www.sistemapenale.it*, 30 ottobre 2023, con cui è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 577, co. 3 c.p., nella parte in cui vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti – diverse da quelle indicate negli artt. 62, co. 1 n. 1, 89, 98 e 119 c.p. – sulle aggravanti dei rapporti familiari. Su questa pronuncia si rinvia al commento di PELISSERO, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali: la fragilità dei limiti al giudizio di bilanciamento delle circostanze di fronte alla vulnerabilità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 161. Sul tema, si veda anche Corte cost., 20 aprile 2020, n. 73, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4 c.p., nella parte in cui è

Può considerarsi, infine, come, per vicende delittuose contrassegnate dalle caratteristiche anagrafiche e socio-psicologiche dei protagonisti, gli aspetti umani dovrebbero prevalere su quelli strettamente legali, senza lasciarsi condizionare dal *nomen iuris* della fattispecie contestata. In questi casi, fra gli strumenti penali, che incidono peraltro utilmente anche ai fini del calcolo della pena, un posto di rilievo assumono i programmi di giustizia riparativa, che, se si concludono con esito positivo, consentono una riduzione sanzionatoria fino a un terzo *ex art. 62, co. 1 n. 6 ult. parte c.p.* (così come integrato con il d.lgs. 150/2022, c.d. legge Cartabia). Tra i primi destinatari di quest'attenuante comune, applicabile quindi a qualsiasi fattispecie di reato a prescindere dalla gravità, proprio un soggetto condannato per pornografia minorile, grazie alla disponibilità della persona offesa minorenni costituitasi parte civile a partecipare al suddetto percorso riparativo. Si sta iniziando a sfatare così il pregiudizio che la giustizia riparativa mal si adatti al campo (ampio e diversamente declinato) dei reati sessuali¹³⁸, tanto più se con vittima minorenni, senza considerare il diverso grado di disvalore delle condotte e le peculiari condizioni personali dei soggetti coinvolti.

vietata la prevalenza delle circostanze attenuanti (fra cui, quindi, l'attenuante del vizio parziale di mente *ex art. 89 c.p.*) sull'aggravante della recidiva reiterata disciplinata nell'art. 99, co. 4 c.p.

¹³⁸ G.u.p. Milano, 25 marzo 2024, in www.sistemapenale.it, 12 febbraio 2025, con nota di GATTA, *Ascoltare e comprendere "la potenza di un dramma": giustizia riparativa, reati sessuali e nuova attenuante ex art. 62. n. 6 c.p. in una sentenza del g.u.p. di Milano*, che afferma come questa sentenza «sembra portare argomenti contro lo scetticismo nutrito da alcuni sulla praticabilità della giustizia riparativa in rapporto ai reati sessuali (in questo caso, per di più, ai danni di una minorenni)».