

QUESTIONI APERTE

Delitti contro la libertà individuale

La decisione

Delitti contro la libertà individuale - Pornografia minorile - Produzione di materiale pedopornografico - Pericolo di diffusione - Necessità - Contrasto giurisprudenziale - Soluzione delle Sezioni unite - Esclusione - Reato di danno (C.p., artt. 600-ter; 600-quater; C.p.p., art. 618, co. 1-bis; CEDU, art. 7).

Ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600-ter, primo co., n. 1), c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 31 maggio 2018 (15 novembre 2018) - CARCANO, *Presidente* - ANDRONIO, *Relatore* - IACOVIELLO, *P.g. (conf.)* - M.D., *Ricorrente*.

Produzione di materiale pedo-pornografico:

il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite

Dopo quasi vent'anni, la Corte di cassazione a Sezioni unite supera il principio di diritto che aveva enunciato in tema di produzione di pornografia minorile e che richiedeva, ai fini dell'integrazione del reato, l'accertamento del pericolo concreto di diffusione del materiale. La Corte ricostruisce la fattispecie in termini di "reato di danno" e individua nell'"utilizzo del minore" l'elemento capace di circoscrivere la portata applicativa della norma ed escludere dal perimetro dell'incriminazione la "pornografia domestica".

After almost twenty years, the Supreme Court has suggested a new interpretation of the crime of "production of child pornography". It's no longer necessary to ascertain the risk of spread of pornographic images but it is important to focus on the element of "Child use". Domestic child-pornography is kept out of the crime.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Fatto e decisioni di merito. - 3. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite della Cassazione. - 4. Il nuovo inquadramento ermeneutico proposto dalle Sezioni unite. - 4.1 *Overruling* interpretativo *in malam partem*? Esclusione. - 5. Analisi critica di alcune questioni di diritto sostanziale affrontate nella sentenza delle Sezioni unite. L'utilizzazione del minore quale fulcro del reato e individuazione del grado di offesa al bene giuridico. - 5.1 L'esclusione della "pornografia minorile domestica". - 5.2 La configurabilità delle condotte connesse alla produzione di pornografia minorile.

1. Premessa.

La pronuncia della Cassazione penale a Sezioni unite che qui si commenta assume rilevanza per due principali ragioni. Sul piano del diritto penale sostanziale, ed in particolare del tema spinoso dell'interpretazione dei delitti di

pornografia minorile, perché viene superato il principio di diritto enunciato diciotto anni fa dalle medesime sezioni della Corte, che aveva fino ad oggi guidato la giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 600-ter, comma 1, n. 1, c.p., e che richiedeva, ai fini dell'integrazione del reato di produzione di pornografia minorile, l'accertamento del pericolo concreto di diffusione del materiale. Sul piano, più generale, del divieto di *overruling* interpretativo in *malam partem*, e conseguente violazione dell'art. 7 della CEDU, perché la Corte si è posta il problema nella vicenda di esame, pur riuscendo, poi, ad evitarlo. Ha ritenuto comunque sussistente, in concreto, proprio quell'elemento non scritto del reato (il pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto) di cui si chiedeva l'accertamento secondo il precedente principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite e che non si ritiene più necessario secondo il principio di diritto affermato dalla sentenza.

Si premette, fin da ora, che questa nota di commento si concentrerà, in particolare, sul primo punto. La complessità della disciplina della pedopornografia, le strette interconnessioni fra le varie fattispecie, il tema delicatissimo della tutela dei minori da condotte che strumentalizzano la loro sessualità, le problematiche connesse alle immagini realizzate in privato fra minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale: sono tutte questioni che richiedono una riflessione autonoma, seppur riconosciamo che non è questa la sede per proporre soluzioni complete e definitive.

2. Fatto e decisioni di merito.

L'imputato veniva chiamato a rispondere del reato di induzione alla prostituzione di minori, aggravato per aver commesso il fatto, rispetto a tre delle persone offese, ai danni di minori di anni sedici e con l'abuso di potere e violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di culto¹; del tentativo di prostituzione minorile per aver tentato il compimento di atti sessuali con altri due minori, verso il corrispettivo di denaro ed altra utilità economica, con l'aggravante che uno dei due ragazzi aveva un'età inferiore agli anni sedici²; del reato di produzione di pornografia minorile per aver realizzato e prodotto materiale pornografico, utilizzando minori di anni diciotto, o di aver comun-

¹ Art. 61, n. 9, 81, 600-bis, commi 2 e 3 c.p. (per aver compiuto atti sessuali con quattro minori di età compresa tra i quattordici e i diciassette anni, facendoli denudare, per guardarli anche mentre visionavano video erotici, palpeggiando i loro organi genitali, masturbandoli e praticando loro rapporti orali).

² Art 61, n. 9, 56, 81, 600-bis, commi 2 e 3, c.p. (dopo averli denudati, aveva avvicinato la bocca ai genitali di uno, tentato di toccare i genitali di un altro, ed inviato messaggi telefonici in tema, non riuscendo nell'intento della consumazione del rapporto sessuale orale per il diniego opposto dagli stessi minori, con l'aggravante che uno dei due ragazzi aveva un'età inferiore agli anni 16).

que indotto minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche, dietro compenso di danaro o altra utilità economica, con le aggravanti di aver commesso i fatti in danno di minori e con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di culto³. Per quanto concerne quest'ultimo capo di accusa, tema su cui si concentrerà questo commento, l'imputato veniva, precisamente, chiamato a rispondere del reato di cui agli «artt. 81, secondo comma, 600-ter, primo comma, con riferimento all'art. 600-sexies, secondo comma, c.p. perché, utilizzando minori di anni diciotto, aveva realizzato e prodotto materiale pornografico, o comunque aveva indotto minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche, in particolare, dietro compenso di denaro o altra utilità economiche come le ricariche telefoniche, a posare nudi per le foto da lui realizzate, aventi ad oggetto gli organi genitali, con le aggravanti di aver commesso i fatti in danno di minori e con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di culto».

In primo grado l'imputato veniva condannato sia per il reato di prostituzione minorile che per quello di pornografia minorile⁴, e la Corte di appello confermava la sentenza del Tribunale.

Le difese dell'imputato presentavano ricorso in Cassazione e, fra le molteplici questioni agitate, rilevano in particolare, ai nostri fini, quelle relative all'«omessa motivazione sui motivi nuovi in appello in ordine alla mancanza assoluta della sussistenza del pericolo di diffusione del materiale presuntivamente prodotto in relazione al reato di cui all'art. 600-ter c.p.», ove si sosteneva, sulla scia della giurisprudenza dominante, conforme alla decisione delle Sezioni unite n. 13 del 31 maggio 2000, che: «il reato è integrato se l'attività si rivolga, anche solo potenzialmente, ad un numero più o meno ampio di fruitori, cosicché colui che produce il materiale pornografico, che non circoli al di fuori della sfera privata, commette piuttosto il reato di detenzione di materiale pedopornografico, di cui all'art. 600-quater c.p.». Lamentavano, poi, la «violazione dell'art. 600-ter c.p. sul rilievo che le foto, ritenute esistenti nel computer, non erano destinate alla pubblica fruizione, ma vi si trovavano per il soddisfacimento dei bisogni sessuali dell'imputato», mentre «ai fini della

³ Art. 600-ter, comma 1, con riferimento all'art. 600-sexies, comma 2, c.p.

⁴ Con sentenza del 12 giugno 2015, il Tribunale di Sciacca ha condannato l'imputato alla pena di anni 9, mesi 8 di reclusione, ritenuta la continuazione, oltre spese e pene accessorie; per il reato di cui al capo A), la condotta di prostituzione minorile nei confronti di una delle persone offese è stata qualificata come tentativo; per il capo B), è stato escluso il reato nei confronti di una delle persone offese; per il capo C), è stato escluso il reato di pornografia minorile nei confronti di una delle persone offese. L'imputato è stato assolto dai residui reati e condannato al risarcimento dei danni, oltre le spese, a favore di due delle parti civili.

‘diffusione’, richiesta dall’art. 600-ter c.p., era necessario accertare se il comportamento del presunto autore del reato fosse suscettivo di creare un fenomeno diffusivo o fosse limitato a costituire un malsano hobby di un singolo individuo».

3. L’ordinanza di rimessione alle Sezioni unite della Cassazione.

La terza Sezione della Corte di cassazione⁵, dopo una valutazione dei motivi di ricorso, dell’evoluzione normativa dei reati di pornografia minorile, dell’interpretazione fornita al reato di produzione di pornografia minorile dalla giurisprudenza, mette in discussione un orientamento interpretativo rilevante ai fini della decisione, ossia il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 13 del 31.5.2000, e seguito da giurisprudenza costante, secondo cui il reato *de quo* è integrato quando la condotta ha una consistenza tale da implicare un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto. Il tema di diritto in discussione è decisivo perché da esso dipende l’assoluzione o la condanna dell’imputato.

Il Collegio, di conseguenza, interpella le Sezioni unite, in ossequio al disposto del comma 1-*bis* dell’art. 618 c.p.p., introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, secondo cui le Sezioni semplici che non condividano “il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite” hanno l’obbligo di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso.

Quali sono le argomentazioni a sostegno del superamento del consolidato orientamento giurisprudenziale vigente?

La terza Sezione della Corte ripercorre inizialmente l’evoluzione normativa dell’art. 600-ter c.p., introdotto dalla legge n. 269/1998, evidenziando, in particolare, le modifiche apportate dalla legge n. 38/2006, nonché gli emendamenti introdotti all’intera disposizione dalla legge n. 172/2012, ponendo particolare attenzione alla sostituzione, nel primo comma della norma, del presupposto dello “sfruttamento” («chiunque sfrutta minori di anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico») con quello di “utilizzo” («chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche») e all’introduzione di una definizione di pornografia minorile.

Ricorda come, subito dopo la sua introduzione, la lettera della norma fosse stata oggetto di un acceso dibattito in dottrina, in parte placato dalla sentenza della Cassazione a Sezioni unite del 31 maggio 2000, n. 13, chiamata a chiari-

⁵ Cass., Sez. III, 6 marzo 2018, in *Mass. Uff.*, n. 10167.

re il significato che doveva attribuirsi al termine “sfruttamento”. Le Sezioni unite esclusero sia che esso implicasse la sussistenza di un fine di lucro in capo all'autore sia che occorresse un'organizzazione di tipo imprenditoriale, e proposero un'interpretazione del termine “sfruttare” nel senso di «utilizzare a qualsiasi fine (non necessariamente di lucro), sicché sfruttare minori vuol dire impiegarli come mezzo, anziché rispettarli come fine o come valore in sé: significa, insomma, offendere la loro personalità, soprattutto nell'aspetto sessuale, che è tanto più fragile e bisognosa di tutela quanto più è ancora in formazione e non è ancora strutturata»⁶. La Corte precisò come la finalità che ispirò l'intervento legislativo fu quella di «reprimere quelle condotte prodromiche che mettono a repentaglio il libero sviluppo personale del minore, mercificando il suo corpo e immettendolo nel circuito perverso della pedofilia»⁷: da qui, la qualificazione della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p. come “reato di pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico” prodotto attraverso lo sfruttamento del minore⁸. Conclusione questa che, secondo le Sezioni unite, sarebbe stata corroborata anche da una lettura del significato semantico dei termini “esibizioni” e “produzione”, poiché: «non appare possibile realizzare esibizioni pornografiche, cioè spettacoli pornografici, se non "offrendo" il minore alla visione perversa di una cerchia indeterminata di pedofili; così come, per attrazione di significato, produrre materiale pornografico sembra voler dire produrre materiale destinato ad essere immesso nel mercato della pedofilia». Fu attribuito, così, al giudice il compito di individuare, caso per caso, la sussistenza di “elementi sintomatici della condotta” che permettessero di accertare se vi fosse stato il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto⁹. In un non trascurabile *obi-*

⁶ Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, par. 5.1.

⁷ Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, par. 5.2.

⁸ Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, Bove, in *Foro it.*, 2000, II, 685, con nota di RUSSO. Fra i commenti, in dottrina, cfr. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la “terza via” delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 428 ss.; MUSACCHIO, *Pornografia minorile: la cassazione a sezioni unite fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 600-ter c.p.*, in *Giur. merito*, 2001, I, 245; DOSI, *Sullo sfruttamento sessuale dei minorenni anche senza lucro, parola alle Sezioni Unite*, in *Dir. e giust.*, 2000, III, 9; MONTAGNA, *Sfruttamento dei minori per esibizioni pornografiche: irrilevante il fine di lucro o l'impiego di una pluralità di soggetti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, II, 939-940.

⁹ Cass., Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, par. 5.4: “Sarà il giudice ad accertare di volta in volta se ricorre il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico, facendo ricorso a elementi sintomatici della condotta, quali: l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze del mercato dei pedofili; il concreto collegamento dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico; la disponibilità materiale di strumenti tecnici (di riproduzione e-o di trasmissione, anche telematica) idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari; l'utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico (in questo senso la pluralità di minori impiegati non è elemento costi-

ter dictum il Collegio affermò che qualora non potesse ritenersi integrato il reato, anche per l'inesistenza del pericolo di diffusione del materiale, poteva configurarsi altro reato, fra cui quello di cui all'art. 600-*quater* c.p. (detenzione di materiale pornografico). In altre parole, in caso di produzione per uso personale, vista l'assenza del pericolo di diffusione del medesimo necessaria per l'integrazione del reato di "produzione" del materiale, poteva configurarsi il reato di detenzione di pornografia minorile.

Ora, i giudici della terza Sezione della Cassazione, condividendo le obiezioni mosse da una parte della dottrina¹⁰, mettono in discussione la correttezza di questa impostazione: se l'interesse tutelato è il corretto sviluppo psico-fisico del minore, allora lo sfruttamento di quest'ultimo nella realizzazione di materiale o spettacoli pornografici comporta, di per sé, un'offesa al bene giuridico, senza che sia necessario un pericolo concreto di diffusione del materiale. Quest'ultimo requisito sposterebbe, piuttosto, «il baricentro dall'evento all'azione, senza però argomentare in modo esauriente l'inatteso cambio di referente»¹¹. Secondo questa alternativa ricostruzione, sostenuta dalla Corte, il reato *de quo* deve rientrare nella categoria dei reati di danno, e dovrebbe ritenersi integrato indipendentemente dal pericolo di diffusione del materiale. Posizione, questa, che, secondo altra dottrina¹², resta ferma anche relativamente alla nuova formulazione della norma, come emendata dalla legge n. 38/2006, che ha sostituito il termine "sfruttamento" con quello di "utilizzazione", senza introdurre alcun riferimento al "pericolo concreto di diffusione del materiale".

A seguito di un'indagine giurisprudenziale, il Collegio riscontra, tuttavia, che la giurisprudenza ha, in modo sostanzialmente unanime, continuato a seguire, anche successivamente agli emendamenti apportati alla normativa, l'orientamento indicato dalle Sezioni unite nel 2000. La Corte ritiene questa impostazione infondata, in contrasto con "lo spirito" degli interventi normativi nazionali e sovranazionali che sono intervenuti in questi anni, che prescindono dal pericolo di diffusione del materiale e che individuano nella condotta di produzione, cessione, diffusione di pedo-pornografia un'autonoma offensività. La produzione *sic et simpliciter* di tale materiale identifica una condotta

tativo del reato, ma indice sintomatico della pericolosità concreta della condotta); i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile; altri indizi significativi che l'esperienza può suggerire".

¹⁰ Il riferimento è con ogni probabilità a MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni unite*, cit., 428 ss.

¹¹ Cass. Sez. III, 6 marzo 2018, cit.

¹² V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, IV, Padova, 2011, 475.

“molto grave” perché implica una relazione tra adulto e minore «considerata come degradante e gravemente offensiva della dignità del minore in funzione del suo sviluppo sano e armonioso». Viene contestato anche il ricorso al reato di detenzione di pornografia minorile per punire la produzione di tali opere ad uso personale, quando invece la norma avrebbe ad oggetto la detenzione di materiale pedopornografico prodotto da altri. Un’equiparazione che sarebbe irragionevole, considerata la maggiore gravità della condotta di produzione.

Ravvisata la necessità di una revisione dell’orientamento consolidato, la Corte interpella le Sezioni unite ponendo il seguente quesito: «Se, ai fini dell’integrazione del reato di cui all’art. 600-ter, comma 1, n. 1, c.p., con riferimento alla condotta di produzione del materiale pedopornografico, sia ancora necessario, stante la formulazione introdotta dalla L. 6.2.2006, n. 38, l’accertamento del pericolo concreto di diffusione del suddetto materiale, come richiesto dalla sentenza a Sezioni unite 31.5.2000 (dep. 5.7.2000), n. 13, confermata dalla giurisprudenza di questa Sezione, anche dopo la modifica della normativa citata».

4. Il nuovo inquadramento ermeneutico proposto delle Sezioni unite

Le Sezioni unite della Cassazione, con sentenza depositata il 15 novembre 2018, dichiarano superato e anacronistico l’orientamento individuato diciotto anni prima dalle medesime sezioni, e rispondono al quesito sottoposto nell’ordinanza di rimessione, affermando il seguente principio di diritto: «Ai fini dell’integrazione del reato di cui all’art. 600-ter, primo co., n. 1), cod. pen., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l’accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale».

Dopo un’accurata ricostruzione della storia legislativa e giurisprudenziale del reato *de quo*, la Corte propone una nuova linea interpretativa.

Pur comprendendo le ragioni che avevano sotteso il principio di diritto enunciato dalla Sezioni unite nel 2000, il Collegio illustra i motivi che lo rendono oggi anacronistico e superato. Se il requisito del pericolo concreto di diffusione del materiale poteva guidare l’interprete diciotto anni prima, in un contesto tecnologico in cui la captazione dell’immagine non implicava necessariamente la successiva diffusione, oggi la pervasiva influenza dei moderni strumenti di comunicazione, ed, in particolare, l’uso costante, nella quotidianità dei rapporti sociali e personali, di cellulari *smartphone*, *tablet* e *computer* con fotocamera incorporata connessi ad *Internet*, ha reso estremamente facile,

veloce e frequente la condivisione e diffusione di immagini e video ritraenti qualsiasi scena della vita privata, con la conseguenza che qualsiasi produzione di immagine o video sarebbe potenzialmente diffusiva. L'illogicità dell'ancoraggio, in questo periodo storico, al requisito del "pericolo concreto di diffusione" troverebbe conferma anche nell'evoluzione della norma, laddove il legislatore, in occasione dei vari interventi emendativi, anche quando ha sostituito il termine "sfruttamento" con quello di "utilizzo", non ha ritenuto di inserire il requisito del "pericolo concreto di diffusione" nella costruzione tipica della fattispecie¹³. Opzione che, giustamente, come evidenzia la Corte, si pone in linea con le normative sovranazionali di riferimento, ove è oggetto di incriminazione la produzione di pedo-pornografia *sic et simpliciter*. La nuova definizione di pornografia minorile, introdotta con la legge n. 172/2012, mostrerebbe chiaramente che la norma è volta a tutelare "l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale del minore".

Il nuovo quadro normativo e il mutamento del sistema sociale e tecnologico di riferimento rappresentano, pertanto, le principali ragioni a sostegno del superamento dell'orientamento giurisprudenziale fino a quel momento dominante.

Inizia, quindi, la seconda parte della sentenza in cui si sviluppano le argomentazioni a fondamento della nuova chiave interpretativa. Si individua, innanzitutto, la nuova forma di offesa al bene giuridico apportata dal reato di produzione di pedo-pornografia nel "reato di danno", sulla base della considerazione che l'utilizzazione stessa del minore nella realizzazione del materiale pornografico sarebbe sufficiente a compromettere, di per sé, il bene giuridico tutelato.

Secondo la Corte, la qualificazione dell'illecito in termini di "reato di danno" sarebbe più coerente anche sul piano sistematico, come si evincerebbe sia dai rapporti che intercorrono fra l'art. 600-ter e l'art. 600-quater c.p., sia dalla lettera del reato di cui all'art. 600-quater.1 c.p..

Il giudicante fa uso di queste due ultime disposizioni per dimostrare come non abbia più senso attribuire una forte rilevanza interpretativa al termine "produzione", su cui le Sezioni unite nel 2000 si erano, invece, basate per avallare la tesi che richiedeva l'accertamento di un concreto pericolo di diffu-

¹³ Una parte della dottrina aveva già sostenuto che il requisito del "concreto pericolo di diffusione" non costituiva un elemento previsto dal dettato normativo e che il suo inserimento sul piano interpretativo si poneva in conflitto con il principio di legalità (v. CADOPPI, *sub art. 600ter, I e II comma*, c.p., in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 139, nota 35).

sione del materiale. Ricordiamo, infatti, come, in quella sentenza, questo termine fu richiamato a dimostrazione del fatto che, per l'integrazione del reato, il materiale dovesse essere destinato ad essere immesso nel mercato della pedofilia: in altre parole, secondo il criterio ermeneutico semantico, un "prodotto" sarebbe, per definizione, un bene che si stacca dall'autore per essere venduto, inserito in un mercato¹⁴.

Ebbene, la Corte, nella sentenza che qui si commenta, sminuisce il peso del termine "produzione" a favore di una sua equiparazione con il termine "realizzazione", presente sia nel testo dell'art. 600-*quater* c.p. («materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto»), sia nella lettera dell'art. 600-*quater*.1 c.p. («immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse»). L'oggetto materiale dei reati di cui all'art. 600-*ter* e 600-*quater* c.p. sarebbe dunque lo stesso, ossia il "materiale realizzato utilizzando minori degli anni diciotto", mentre diverse sarebbero le condotte. E la clausola di riserva prevista nell'art. 600-*quater* c.p. («al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 600-*ter* c.p.») permetterebbe di tenere le condotte chiaramente distinte: il produttore del materiale risponderà del reato di cui all'art. 600-*ter* c.p. mentre il detentore (non produttore) risponderà del reato meno grave disciplinato dall'art. 600-*quater* c.p., senza che sia più possibile ricorrere a quest'ultima fattispecie, come veniva fatto seguendo il precedente orientamento, per perseguire il produttore che realizzava il materiale per uso personale e quindi in assenza di pericolo concreto di diffusione del medesimo.

Anche questa ricostruzione sistematica rafforzerebbe la tesi secondo cui il grado di offesa del reato di produzione non sarebbe quello del pericolo concreto ma quello di danno.

La Corte, tuttavia, riconosce che la rimozione, dal modello interpretativo, della sussistenza del pericolo concreto di diffusione del materiale comporterebbe il rischio di un ampliamento eccessivo della sfera di applicabilità della norma, tanto da potervi ricondurre anche la cd. "pornografia domestica", ossia quella realizzata con il coinvolgimento di minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale, nei casi in cui il materiale è prodotto e posseduto con il consenso di tali minori ed unicamente ad uso privato delle persone coinvolte. Condotte, queste ultime, che le normative sovranazionali, da cui l'art. 600-*ter* c.p. trae origine, permettono di escludere dal perimetro della norma¹⁵ e

¹⁴ Segue questa chiave interpretativa PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici, la pornografia virtuale e l'offesa ai beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di Bertolino, Forti, Napoli, 2007, 1292.

¹⁵ V. l'art. 3, co. 2, della Decisione quadro 2004/68/GAI; art. 20, comma 3, della Convenzione del Con-

che, seguendo l'interpretazione dominante a livello nazionale fino al momento della pronuncia in commento, potevano, al più, essere sussunte nel reato di cui all'art. 600-*quater* c.p., proprio per l'assenza del pericolo di diffusione del materiale medesimo.

Per limitare tale espansione applicativa, la Corte propone di attribuire maggiore rilevanza, nell'interpretazione della norma, al requisito dell'"utilizzo" del minore, «enfaticandone la portata dispregiativa, nel senso che esso implica una "strumentalizzazione" del minore stesso». Il minore "utilizzato" sarebbe il minore che diviene strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri soggetti o per conseguire un utile, e qualsiasi consenso prestato dal minore a tale strumentalizzazione non sarebbe valido¹⁶. Attraverso il termine utilizzazione si circoscrive, così, la portata applicativa del reato in oggetto alla produzione "abusiva" di pornografia, ossia quella che si caratterizza o per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore, o per le modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno), o per il fine commerciale che sottende la produzione, o per l'età dei minori coinvolti, qualora questa sia inferiore a quella del consenso sessuale.

Diversamente, quando le immagini o i video hanno «per oggetto la vita sessuale nell'ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell'autore, ma siano frutto di una libera scelta - come avviene, per esempio, nell'ambito di una relazione paritaria tra minorenni ultraquattordicenni - e siano destinate ad un uso strettamente privato, dovrà essere esclusa la ricorrenza di quella "utilizzazione" che costituisce il presupposto dei reati sopra richiamati». Il consenso del minore che ha raggiunto l'età del consenso sessuale, dunque, non rileva in sé ma nell'ambito della valutazione della sussistenza o meno dell'"utilizzo".

Le condotte di produzione aventi "carattere abusivo" si contraddistinguerebbero, in conclusione, sulla base di tre caratteristiche alternative: 1) la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore; 2) la modalità di produzione del materiale, ossia minaccia, violenza, inganno, fine commerciale; 3) l'età dei minori coinvolti (inferiore a quella del consenso ses-

siglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, 25.10.2007; art. 8 della Direttiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

¹⁶ Si citano alcune delle decisioni che si sono espresse sull'invalidità del consenso del minore in questo contesto: Cass., Sez. III, 17 novembre 2016, n. 1783; Cass., Sez. III, 23 novembre 2011, n. 1181.

suale)¹⁷. Spetterà al giudice verificare, caso per caso, la sussistenza di questi presupposti.

Per la Corte sarebbe irrilevante il fatto che il legislatore non abbia inserito specifiche cause di esclusione della punibilità relativamente alla “pornografia domestica”, perché, da un lato, sarebbe lo stesso concetto di “utilizzo” a circoscrivere la sfera del penalmente rilevante e, dall’altro, il severissimo trattamento sanzionatorio previsto (sia per quanto concerne le pene principali che le pene accessorie) sarebbe ingiustificabile, in base al principio costituzionale di ragionevolezza, se riferito anche a queste forme di pedo-pornografia non abusiva.

Alla luce di queste argomentazioni la Corte enuncia un nuovo principio di diritto: «Ai fini dell’integrazione del reato di cui all’art. 600-ter, primo comma, n. 1), c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l’accertamento del pericolo concreto di diffusione del suddetto materiale».

4.1 *Overruling* interpretativo in *malam partem*? Esclusione.

Delineato il nuovo inquadramento ermeneutico, la Corte è chiamata a risolvere, in concreto, il caso sottoposto alla sua attenzione.

Se avesse applicato il nuovo principio di diritto enunciato, non avrebbe dovuto dare rilievo al requisito del pericolo concreto di diffusione delle immagini prodotte, ma avrebbe dovuto limitarsi a valutare la sussistenza, o meno, del presupposto dell’“utilizzo dei minori”, da intendersi nella sua portata spregiativa, secondo i criteri elencati *supra*. Ora, in considerazione dei fatti verificatisi nel caso concreto, quali la posizione rivestita dall’imputato (ministro di culto), l’età dei minori coinvolti, la promessa ingannatoria di un contratto con la televisione con cui l’imputato aveva convinto i minori a prestarsi alle riprese pornografiche, la Corte non avrebbe potuto che confermare la sussistenza del requisito dell’“utilizzo dei minori”.

A questo punto sarebbe sorto, però, un evidente problema: come applicare questa svolta giurisprudenziale *in malam partem* all’imputato della vicenda *de qua* che aveva agito in un periodo storico in cui il reato di produzione di por-

¹⁷ Questa lettura sembra trarre spunto dalla tesi di CADOPPI, *sub art. 600ter, I e II comma*, c.p., cit., 160-161 e BIANCHI, *Il “sexting minorile” non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2016, 145 ss. (ove, in un contributo “pionieristico” sul fenomeno del *sexting*, si riflette, in linea con alcune decisioni di merito, e in assenza di specifiche cause di non punibilità, sulla possibilità di valorizzare il consenso del minore ultraquattordicenne nell’ambito dell’interpretazione della nozione di “utilizzo”).

nografia minorile veniva interpretato alla luce dell'orientamento indicato dalle Sezioni unite del 2000, secondo cui, per l'integrazione del delitto, occorre la sussistenza di un pericolo concreto di diffusione del materiale?

L'imputato avrebbe potuto sostenere di aver agito confidando nell'interpretazione seguita dalla giurisprudenza consolidata, tranquillo dell'impunità, e che, di conseguenza, una sua condanna fondata su questo nuovo principio di diritto si sarebbe posta in palese violazione dell'art. 7 della CEDU per *overruling* interpretativo *in malam partem* e dell'art. 25, co. 2, Cost.

Vero è che, a tale proposito, sarebbe stato importante stabilire il livello di prevedibilità o meno della svolta giurisprudenziale. L'uniformità di orientamento palesato dall'elenco di pronunce presentato sia nell'ordinanza di remissione, sia nella sentenza delle Sezioni unite, non lasciava molto spazio di discussione. Non si trovano, infatti, precedenti che eliminino interpretativamente il requisito del pericolo di diffusività del materiale, ad eccezione di una decisione ove si è sostenuta la non attualità, alla luce degli emendamenti apportati all'art. 600-ter c.p. dalla legge n. 38 del 2006, di tale principio ermeneutico, formulato nella vigenza della disciplina antecedente a tali modifiche (quando nella norma compariva il termine "sfruttamento" e non "utilizzo"). E proprio in considerazione di questa valutazione, il giudice aveva accolto il ricorso del Procuratore Generale e della parte civile avverso l'assoluzione dell'imputato per il reato di produzione di pornografia minorile, assoluzione fondata sul fatto che non fosse stata accertata alcuna condotta potenzialmente diffusiva del materiale¹⁸. Meno determinante, ma comunque significativa, un'altra sentenza, richiamata in motivazione, che poneva in dubbio la necessità di un accertamento del pericolo di diffusione, in considerazione dell'evoluzione tecnologica che ha caratterizzato l'ultimo ventennio, dell'utilizzo da parte dei privati della Rete, del fenomeno dei *social network*¹⁹. In quest'ultima pronuncia, tuttavia, il grado di offesa in cui inquadrare il reato era sempre lo stesso: non si escludeva, infatti, la natura di "reato di pericolo" del delitto di produzione di pedo-pornografia, ma semplicemente si evidenziava l'assurdità di dover provare il pericolo di diffusione di materiale inserito, per esempio, su *facebook*, ove tale pericolo sussisterebbe, sostanzialmente, *in re ipsa*.

Il giudice avrebbe, forse, potuto valorizzare queste sentenze, anticipatorie del nuovo indirizzo ermeneutico, per escluderne l'imprevedibilità. Si riconosco-

¹⁸ Cass., Sez. III, 31 gennaio 2012, in *Mass. Uff.*, n. 27373.

¹⁹ Cass., Sez. III, 12 marzo 2015, in *Mass. Uff.*, n. 16340.

no, tuttavia, i rischi di una valutazione che si basi sulla presenza di una sola pronuncia chiaramente contraria ad un indirizzo consolidato per quasi vent'anni.

La Corte ha deciso di percorrere un'altra strada. Ha escluso *in nuce* che il nuovo postulato interpretativo determini un *overruling* interpretativo in *malam partem*, sostenendo, come già illustrato in motivazione, che lo sviluppo tecnologico avrebbe comportato una generalizzazione del pericolo di diffusione del materiale prodotto, «con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina *in concreto* un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo concretamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale»²⁰. A tale proposito, la Corte pone in evidenza uno degli indici sintomatici del concreto pericolo di diffusione elaborati dalle Sezioni unite del 2000, ossia «la disponibilità materiale di strumenti tecnici di riproduzione e/o trasmissione, anche telematica idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari»: disponibilità che, sottolinea il collegio, oggi sarebbe, appunto, generalizzata.

Per quanto riguarda la soluzione del caso concreto, le Sezioni unite rinvergono comunque, basandosi su alcuni specifici elementi di fatto, la sussistenza del pericolo concreto di diffusione delle immagini, per la presenza di quattro indici indicati dalla sentenza delle Sezioni unite del 2000: 1) pluralità di vittime; 2) disponibilità di apparecchiature elettroniche concretamente idonee alla diffusione (*computer* sprovvisto di *password*); 3) presenza sul *computer* dell'imputato anche di immagini a contenuto pornografico *gay*, evidentemente scaricate da *internet*, indice di un suo collegamento in rete; 4) la negativa personalità dell'imputato, quale emerge dalla predisposizione di materiale falso relativo ad eventuali audizioni cui i minori avrebbero voluto partecipare. Da ciò la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza, «essendo comunque configurabile in concreto il reato contestato, sia facendo applicazione dell'orientamento giurisprudenziale – da intendersi superato – che richiede il pericolo di diffusione quale presupposto dello stesso, sia facendo applicazione del principio di diritto enunciato con la presente sentenza; con l'ulteriore conseguenza della non configurabilità in concreto di un *overruling in malam partem*»²¹.

²⁰ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, in *Mass. Uff.*, n. 51815, 23.

²¹ Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, in *Mass. Uff.*, n. 51815, 24 (ci si riferisce qui alla prima doglianza formulata).

Una breve riflessione su questo punto. L'affermazione secondo cui sarebbe generalizzato il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni, come ad indicare una "diffusività *in re ipsa*", lascia un po' perplessi. È vero che la chiave interpretativa che richiedeva l'accertamento del pericolo concreto di diffusione era divenuta ormai "antistorica", ed è vero che il telefono cellulare, principale strumento utilizzato per scattare fotografie, se connesso a *Internet*, rende potenzialmente diffusiva qualsiasi immagine captata. Questo assunto doveva servire ai giudici semplicemente per sostenere che il concreto pericolo di diffusione non poteva più essere utilizzato quale criterio discrezionale per distinguere il lecito dall'illecito. La Corte invece è andata oltre, e l'ha usato per dichiarare che la nuova linea interpretativa non comporta un *overruling in malam partem* perché, appunto, l'uso dei nuovi strumenti tecnologici implicherebbe sostanzialmente un rapporto di causa-effetto fra riproduzione e trasmissione di immagini.

In realtà si possono ipotizzare casi in cui ciò non avvenga. Pensiamo, per esempio, all'uso di tradizionali macchine fotografiche *polaroid*, che sono, peraltro, tuttora in commercio e quindi disponibili. In questi casi non si potrebbe sostenere che la trasmissibilità delle immagini è immediata conseguenza della loro produzione. Se, tuttavia, effettivamente l'autore avesse utilizzato (*rectius* "strumentalizzato", secondo la ricostruzione dalla Corte) il minore per la realizzazione delle immagini, il reato dovrebbe comunque considerarsi integrato, e se il fatto fosse avvenuto in un periodo precedente alla sentenza che si commenta, verrebbe in rilievo il problema dell'*overruling in malam partem* e di una eventuale applicazione dell'art. 5 c.p. nella sua portata scusante per inevitabilità dell'*error iuris*. Situazione che, ovviamente, non si è verificata nel caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte.

5. Analisi critica di alcune questioni di diritto sostanziale affrontate nella sentenza delle Sezioni unite. L'utilizzazione del minore quale fulcro del reato e individuazione del grado di offesa al bene giuridico.

Era giunto il momento che la Corte di cassazione rivalutasse ufficialmente l'inquadramento ermeneutico del reato di produzione di pornografia minore che aveva proposto quasi vent'anni fa sulla base di una norma che nel frattempo è stata emendata in più punti. Come rilevato da una parte della dottrina, si trattava già allora di una lettura interpretativa discutibile, manipolativa del dato letterale, che spostava il baricentro dell'offensività dal minore rappresentato nell'opera pornografica ad un momento successivo, quello della

diffusione²². Invertito sembrava anche il “pericolo concreto” oggetto di accertamento: l’interprete non era chiamato ad accertare la sussistenza di un pericolo concreto di offesa al bene giuridico, ossia allo sviluppo psico-fisico del minore rappresentato, ma il pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto, con la conclusione che l’interesse tutelato poteva essere offeso solo in caso di potenziale diffusività del materiale.

Questa interpretazione comportava l’esclusione dal perimetro della norma della condotta di produzione di materiale per uso privato, nonostante essa implicasse comunque lo sfruttamento di un minore, la sua strumentalizzazione a scopi sessuali. Il vuoto di tutela veniva, in alcune pronunce, colmato ricorrendo, in queste ipotesi, al meno grave reato di detenzione di pornografia minorile²³. Quest’ultimo delitto, tuttavia, non era certamente stato introdotto per perseguire il produttore intimo, bensì, piuttosto, per punire l’acquisizione consapevole di pedo-pornografia che si trovava in circolazione e che era da altri prodotta, sulla base della *ratio* secondo cui la disincentivazione della domanda comporta una riduzione dell’offerta e quindi dello sfruttamento di altri, futuri, minori.

L’obiezione secondo cui la clausola di riserva espressa, contenuta nell’art. 600-*quater* c.p., avrebbe dovuto escludere la configurabilità del reato in capo al detentore che avesse anche prodotto il materiale, a favore del più grave delitto di cui all’art. 600-*ter*, comma 1, c.p., non convinceva. Correttamente una parte della giurisprudenza rispondeva che se la condotta di “realizzazione-detenzione” di pornografia minorile non soddisfaceva la tipicità richiesta dal delitto di “produzione di pornografia minorile”, per assenza del pericolo concreto di diffusione, poteva sussistere, ove ne fossero integrati tutti gli estremi, il “delitto di detenzione di pornografia minorile”. Questa ricostruzione poteva anche trovare un appiglio nella lettera della norma, considerando che nell’art. 600-*quater* c.p. il legislatore non utilizza il termine “prodotto”, come nell’art. 600-*ter*, comma 1, c.p., ma “realizzato”, considerando che era anche sul significato di “produzione”²⁴ che le Sezioni Unite avevano costruito

²² MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni unite*, cit., 428 ss.; LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2008, 4169 ss.; DELSIGNORE, *Il decalogo penale contro la pornografia minorile, (art. 600 ter c.p.)*, in *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli*, a cura di Basini, Bonilini, Confortini, Torino, 2014, 3349.

²³ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2011, in *Mass. Uff.*, n. 11997 (sentenza citata anche nell’ordinanza di rimessione alle Sezioni unite); v., inoltre, Cass., Sez. III, 19 luglio 2012, *Mass. Uff.*, n. 40847; Id., Sez. III^[1], 28 ottobre 2010, *ivi*, n. 43414.

²⁴ Sull’interpretazione del termine “produzione” quale confezionamento di un “prodotto”, che per definizione è destinato a fuoriuscire dalla disponibilità del produttore e diventare oggetto di “circolazione”,

l'interpretazione secondo cui, ai fini dell'integrazione del reato, occorre accertare il pericolo di diffusione del materiale²⁵. Si trattava, però, evidentemente di un *escamotage* che vacillava di fronte al principio di proporzionalità: il perimetro del delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p. veniva, infatti, esteso per disciplinare casi di disvalore estremamente diverso: sia le ipotesi in cui l'agente entrava in contatto con il minore, anche di giovanissima età, per realizzare sue immagini pedo-pornografiche per uso privato, sia i casi in cui l'agente semplicemente scaricava da *Internet* opere prodotte da altri per conservarle per uso personale. Bene ha fatto, pertanto, la Corte a riposizionare, in una prospettiva teleologica, i diversi ruoli di queste due incriminazioni.

Eliminato dalla costruzione interpretativa del delitto il requisito della "diffusività" del materiale, la Corte, per evitare un'applicazione eccessivamente espansiva della norma penale, capace di ricomprendervi anche ipotesi che esulano dal fenomeno oggetto di repressione, ha dovuto selezionare un altro elemento capace di guidare l'interprete, che è stato individuato nel concetto di "utilizzo del minore". Sul significato da attribuire a questa nozione si è espressa da tempo la dottrina, suggerendone diverse declinazioni.

La sostituzione del termine "sfruttamento" con quello di "utilizzo" ad opera della legge n. 38/2006, comportando l'eliminazione di qualsiasi riferimento ad una finalità lucrativa o commerciale, ha sollecitato l'interprete ad interrogarsi sul significato da attribuirsi a tale termine e sul grado di offesa richiesto affinché potesse dirsi integrato il reato.

La dottrina maggioritaria ha attribuito a tale nozione il significato di "strumentalizzazione", di degradazione del minore ad oggetto di manipolazioni²⁶, ed è questa la lettura seguita dalle Sezioni unite nella sentenza in commento.

Altra letteratura ha fornito un'interpretazione "neutra" del termine "utilizzo", attribuendogli il significato di "qualsivoglia impiego sessuale" di una persona minore di anni diciotto, indipendentemente dal ritorno economico e dalla natura occasionale dell'utilizzo del minore, e, di conseguenza, secondo questa chiave interpretativa, anche la produzione domestica, effettuata al solo

v. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet* (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte prima), in *SIur*, 2007, 10, 1069.

²⁵ Sul punto si consenta di rinviare a BIANCHI, *Il "Sexting minorile" non è più reato?*, cit., 148 (nt. 47).

²⁶ V., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, V ed., Padova, 2013, 496. Declina l'"utilizzo" in termini di "strumentalizzazione" anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II, I delitti contro la persona*, IV ed., Bologna, 2013, 173; PISTORELLI, *sub art. 600-ter c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano, 2011, 5744. Enfatizza la portata spregiativa di tale termine CADOPPI, *Commento art. 600-ter, I e II comma c.p.*, cit., 159-160.

fine di soddisfare i propri istinti libidinosi, avrebbe potuto integrare il delitto di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p.²⁷.

Una dottrina minoritaria ha, infine, proposto una lettura di tale termine che ponesse la norma in linea con l'inquadramento sostenuto dalle Sezioni Unite del 2000. Si ridimensiona il valore del requisito dell'"utilizzo" nell'ambito della struttura costitutiva del reato per conferire maggiore peso al pericolo della circolazione delle opere che ritraggono la sessualità di minori e che solleciterebbe la commissione di futuri reati di abusi sessuali ai loro danni. Secondo tale orientamento, infatti, le vittime di questi reati non sarebbero solo i minori "utilizzati" ma tutti i fanciulli, esposti a futuri abusi e sfruttamenti²⁸.

Il ruolo e il significato che si attribuisce al termine "utilizzo" è pertanto strettamente connesso all'esatta qualificazione del bene giuridico tutelato. Ci spieghiamo meglio: non è tanto in discussione il bene giuridico in sé, che, nelle sue varie declinazioni, si configura nel corretto sviluppo della personalità del minore, nel libero sviluppo personale, nello sviluppo sessuale, nella dignità del minore secondo alcuni²⁹, quanto il titolare di tale interesse. L'orientamento che focalizza l'attenzione sull'utilizzo del minore, pone il reato a tutela del singolo minore strumentalizzato per la realizzazione dell'opera, del suo corretto sviluppo della sua personalità; secondo l'inquadramento che, invece, sminuisce in ruolo di questo termine nell'ambito della struttura tipica del reato, in favore di uno spostamento del baricentro della tipicità sul versante della potenzialità diffusiva dell'immagine, l'interesse tutelato non sarebbe "individuale" ma "collettivo" e riguarderebbe la dignità e l'equilibrato sviluppo di tutti i fanciulli, affinché non siano ridotti a mero strumento di soddisfazione sessuale³⁰.

²⁷ V. GIZZA, *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 di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di Coppi, Torino, 2007, 431; relativamente alla rilevanza penale della "pornografia domestica" cfr. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *DPP*, 2013, 2, 144.

²⁸ PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di Bertolino, Forti, Napoli, 2007, 1292-1295.

²⁹ Danno rilievo alla "dignità" in questo contesto, MUSACCHIO, *Brevi considerazioni sulla nuova normativa penale "anti-pedofilia"*, in *GP*, 1998, II, 666; PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, a cura di Fioravanti, 2001, 415; DE NATALE, *Pornografia minorile ed internet, Brevi note sui primi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 2004, 3, 269.

³⁰ PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, cit., 1303; PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte prima)*, cit., 1069.

Visto da quest'ultima prospettiva, il materiale pedo-pornografico non sarebbe illecito solo perché implicherebbe una strumentalizzazione del minore ritratto, ma anche perché contribuirebbe, attraverso la rappresentazione della normalizzazione dei rapporti sessuali con i minorenni, a fomentare una sottocultura deviante e a creare le condizioni favorevoli per futuri abusi e sfruttamenti di minorenni³¹.

Le Sezioni unite hanno dimostrato di aderire al primo orientamento, recuperando l'offensività della condotta di produzione *sic et simpliciter* di pedo-pornografia che implichi una strumentalizzazione di minori, e ciò indipendentemente dall'uso che di tale materiale si faccia. Si tratta, infatti, di un reato contro la persona, più precisamente di un reato contro la personalità individuale, contro lo sviluppo della personalità del minore, di quel minore che è stato coinvolto nella produzione dell'immagine, sia perché viene strumentalizzato a fini sessuali, sia perché il materiale può, per sua natura, essere potenzialmente diffuso.

Posizione questa che risulta, peraltro, conforme con il dettato dei documenti sovranazionali a cui il nostro legislatore è stato chiamato ad adeguarsi. Si richiama, a tale proposito, La Direttiva 2011/93/UE, l'ultimo testo normativo sovranazionale che si esprime sui reati di pedo-pornografia, strumento legislativo che per sua natura possiede un significativo carattere di *enforcement*, e che con riferimento alla condotta di produzione di pornografia minorile non richiede un concreto pericolo di diffusione del materiale (v. art. 5.6). Anzi, dalla lettura combinata della art. 5 e dell'art. 8.3, si evince che rientra nell'ambito dell'incriminazione anche la produzione ad uso privato, se effettuata con abuso o se ha ad oggetto minori che non hanno raggiunto l'età del consenso sessuale.

Problematica rimane, tuttavia, a nostro avviso, l'individuazione della forma di offesa al bene giuridico apportata dai delitti di pedo-pornografia in generale, e da quello di produzione in particolare. Le Sezioni unite, accogliendo la tesi proposta nell'ordinanza di rimessione, e in linea con una parte della letteratura³², hanno classificato il reato di produzione di pedo-pornografia nella categoria dei reati di danno, «perché l'utilizzazione del minore nella realizzazione

³¹ Su quest'ultimo punto, v. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, cit., 1293. Questa linea interpretativa trova riscontro anche in una recente pronuncia della Corte di Cassazione, seppur in tema di pedo-pornografia virtuale (v. Cass. pen., sez. III, 13.1.2017, n. 22265).

³² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., 475; MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni unite*, cit., 428 ss.; LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, cit., 4169 ss.;

di materiale pornografico compromette di per sé il bene giuridico consumando l'offesa che il legislatore mira ad evitare», considerando che l'oggetto di tutela è esplicitamente individuato dalla Corte nell'«immagine, dignità e nel corretto sviluppo sessuale del minore»³³.

Seppur si riconosca che il discorso può cambiare a seconda della declinazione che si attribuisce al bene giuridico tutelato, non possiamo non rilevare che la collocazione del delitto *de quo* fra i reati di danno significa, sostanzialmente, affermare che la produzione di immagini pedo-pornografiche effettuata attraverso la strumentalizzazione dei minori coinvolti, ossia con modalità “abusiva” (violenza, minaccia, inganno, ecc.), ovvero utilizzando minori molto giovani (infraquattordicenni), ovvero nell'ambito di una situazione di squilibrio dovuta alla posizione di supremazia rivestita dall'autore, ovvero con un fine commerciale, comporta sempre un danno agli interessi indicati.

Potrebbero tuttavia esserci, in concreto, casi in cui sia difficile riscontrare un danno, come potrebbe avvenire, ad esempio, nell'ipotesi in cui ad essere ritratto sia un bambino molto piccolo il quale non si rende conto che l'inquadratura della fotografia si sofferma sui suoi genitali, ovvero nei casi in cui il minore sia stato filmato a sua insaputa³⁴.

Procediamo per gradi. Premettiamo che la nuova ricostruzione interpretativa fa sostanzialmente coincidere l'utilizzazione del minore con la sua reificazione. Se il bene giuridico di riferimento è la dignità, intesa in senso oggettivo, allora non si può negare che la trasformazione del minore in strumento per appagare finalità altrui comporta sempre una lesione della sua dignità di persona. Il riferimento all'“immagine”, senza ulteriori specificazioni, non è molto chiaro: forse si intende focalizzare l'attenzione sull'immagine sessuale del minore di cui, secondo quanto sembra intuirsi dalle argomentazioni dei giudici, lo stesso potrebbe disporre esclusivamente nell'ambito di un rapporto consensuale, paritario e privato, e, pertanto, quando la produzione avviene in un contesto abusivo si verificherebbe automaticamente una violazione della sua immagine.

La prospettiva è diversa se si guarda al terzo interesse indicato, ossia lo sviluppo sessuale del minore, quale specifico ambito dell'evoluzione della sua personalità. La natura stessa dell'interesse “corretto sviluppo sessuale”, un bene che descrive un processo in costante divenire, che è significativamente influenzato, plasmato sul singolo individuo che ne è titolare, ci suggerisce di

³³ Cass., Sez. un., sent. 31 maggio 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51815, p. 17.

³⁴ Esclude il reato in quest'ultima ipotesi, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., 474.

individuare una lettura alternativa a quella che inquadra il reato di produzione di pedo-pornografia fra i “reati di danno”. Ci sembra convincente, a tale proposito, la tesi di una parte della dottrina che ricostruisce la fattispecie in termini di “reato di pericolo astratto” sulla base della considerazione che, tenuto conto di quanto affermato nel preambolo della legge n. 269/1998, il legislatore, facendo uso di regole di comune esperienza, avrebbe considerato “implicito, nell'utilizzazione dei minori nella produzione di materiale pedo-pornografico o in esibizioni pornografiche, il rischio di provocare dannose alterazioni sul piano psicologico e morale al delicato processo di formazione della loro personalità”³⁵. Riteniamo che questa chiave interpretativa possa adattarsi agevolmente anche alla lettura restrittiva della fattispecie di “produzione di pedo-pornografia” offerta dalle Sezioni unite della Cassazione: in altre parole, la realizzazione di immagini pornografiche attraverso la strumentalizzazione di minori porrebbe astrattamente in pericolo l'equilibrato sviluppo della personalità del minore, senza necessità di ulteriori accertamenti.

5.1 L'esclusione della “pornografia minorile domestica”

Il tema della pornografia intima, o, usando la nozione proposta dalla Corte, della “pornografia domestica”, non poteva non essere affrontato in questa sede. Una possibile obiezione che avrebbe potuto essere mossa alla nuova linea interpretativa individuata dalla Corte sarebbe stata, probabilmente, il rischio di estensione della sfera applicativa della norma alle condotte di realizzazione di immagini pornografiche nell'ambito di un rapporto consensuale, fra soggetti che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale.

Orbene, attraverso la valorizzazione della portata spregiativa del termine “utilizzazione” la Corte ha escluso dal perimetro della fattispecie tutte le ipotesi di produzione di pedo-pornografia in cui il minore ritratto non sia stato “utilizzato” nei termini descritti dalla Corte³⁶. Di conseguenza, secondo questo assunto, se un minore che ha raggiunto l'età del consenso sessuale accetta volontariamente e consapevolmente di farsi riprendere in pose pornografiche, e le

³⁵ S. DELSIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore*, in M. BIANCHI, S. DELSIGNORE, *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, 57.

³⁶ Si segnala come, sempre per l'assenza del requisito dell'utilizzazione, la Corte di Cassazione abbia escluso, in una recente pronuncia, la riconducibilità di questi reati ai casi di auto-produzione di pedo-pornografia (Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, in *Mass. Uff.*, n. 11675). Per un commento della sentenza e delle prime pronunce di merito che si sono occupate del tema, si consenta di rinviare a BIANCHI, *Il “Sexting minorile” non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, cit., 138 ss.

immagini sono destinate all'uso privato delle persone coinvolte, quest'ultimo non può dirsi "utilizzato", e colui che ha prodotto le immagini non potrà essere perseguito ai sensi del reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p. Soluzione che, peraltro, si pone in linea con la cause di esclusione della punibilità previste sia dalla Decisione quadro 2004/68/GAI, sia dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali del 2007, sia dalla Direttiva 2011/93/UE.

In questa sede, ovviamente, i giudici non potevano svolgere ulteriori approfondimenti. Riteniamo, tuttavia, che la delicatezza del tema imponga alcune riflessioni allo studioso. Occorre individuare gli elementi sulla base dei quali si può affermare che sia valido il consenso manifestato dal minore in questo contesto, e, qualora lo fosse, entro quali limiti. Ricordiamo come alcune recenti pronunce di merito, nel silenzio della norma, abbiano valorizzato interpretativamente proprio il ruolo del consenso del minore per escludere la sussistenza del presupposto dell'"utilizzo" in casi di produzione di immagini pornografiche fra soggetti che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale, vicini di età, e consenzienti³⁷, ovvero in casi di auto-realizzazione di immagini intime e contestuale invio consensuale ad un privilegiato destinatario³⁸.

Il nuovo fenomeno della produzione di pornografia domestica ad opera degli stessi minori rappresentati, o con il loro consenso, ha costretto la giurisprudenza ad individuare nuove formule interpretative per escludere, da un lato, dalla portata della norma condotte che esulano dal fenomeno oggetto di disciplina, e ricomprendervi, dall'altro, ipotesi che meritavano una risposta penale. Crediamo, tuttavia, che per affermare che il minore abbia capacità di auto-determinazione nella realizzazione e condivisione con soggetti terzi di proprie immagini pornografiche, anche in un contesto intimo e privato, non sia sufficiente un'interpretazione giurisprudenziale. In tutti i casi in cui ai minori, soggetti passivi di reato, è stato riservato uno spazio di libertà di scelta, è stato il legislatore a statuirlo, e in ogni caso è il legislatore che individua le soglie di età entro le quali il minore necessita di una protezione rafforzata da parte del diritto penale. Così avviene per i reati sessuali, per la prostituzione

³⁷ Trib. Firenze, 27 gennaio 2015 (dep. 10 febbraio 2015), n. 163, G.I.P., in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 aprile 2015, con nota di VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*.

³⁸ C. Appello Milano, ud. 12 marzo 2014, Pres. Rizzi, Est. Domanico, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2014, con nota di SASSAROLI, *In tema di detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto: una sentenza assolutoria della Corte d'Appello di Milano*

minorile, per la corruzione di minorenne, per l'adescamento di minori, per l'abuso dei minori nell'accattonaggio, ecc.

Siamo così sicuri del fatto che il legislatore, quando ha emendato la norma in occasione della legge n. 38/2006, non abbia scientemente deciso di non introdurre le cause di non punibilità?³⁹ La loro previsione era stata proposta durante i lavori preparatori della legge ma, nel testo definitivo, sono state espunte³⁹. Pur comprendendo le interpretazioni ortopediche del giudice, giustamente fondate sul principio di ragionevolezza, e sulla necessità di trovare una soluzione al problema, crediamo che debba essere presa una decisione da parte del legislatore su questo punto. Attraverso una scelta attenta che individui un bilanciamento fra un legittimo riconoscimento di autonomia dei minori in questo contesto e le conseguenze pericolose che possono derivare dalla concessione di questa libertà, quali il rischio non secondario di diffusione di tali immagini.

5.2 La configurabilità delle condotte connesse alla produzione di pornografia minorile.

Il nuovo inquadramento ermeneutico non può che riverberarsi sulle altre fattispecie contemplate dagli artt. 600-ter e 600-quater c.p. e che sono inevitabilmente connesse al reato di produzione di pedo-pornografia per la comunanza del requisito dell'“utilizzo”, richiamato esplicitamente nell'art. 600-quater c.p., e implicitamente nei reati di commercializzazione, diffusione, cessione, ecc., disciplinati dall'art. 600-ter, comma 2 e ss., c.p., attraverso il rinvio al «materiale di cui al primo comma». In sostanza, tutte le condotte successive alla fase di produzione del materiale presentano il medesimo oggetto materiale del reato, ossia “pornografia minorile prodotta utilizzando minori di anni diciotto”, e quindi, secondo il nuovo orientamento, pornografia minorile prodotta attraverso condotte aventi carattere abusivo.

Da qui due considerazioni.

Un'interpretazione letterale e rispettosa del principio di legalità imporrebbe la non configurabilità dei reati di commercializzazione, diffusione, cessione, ecc., di pedo-pornografia qualora tali condotte non abbiano ad oggetto immagini che siano il risultato di una produzione cd. abusiva, come avverrebbe nelle ipotesi di pedo-pornografia domestica. Non potrebbe, pertanto, rispondere del reato di cui all'art. 600-ter, comma 3, c.p. il soggetto che al termine di una

³⁹ V. Ddl n. 4599, 13 gennaio 2004, art. 600-quater.3 (e successive modifiche); Ddl n. 3503, 20 giugno 2005, art. 600-quater.2.

relazione sentimentale decida di pubblicare in rete le immagini intime della ex fidanzata minorenni, realizzate originariamente con il suo consenso⁴⁰.

Ancora, secondo le regole dell'imputazione soggettiva, occorrerebbe, per la punizione delle fattispecie di commercializzazione, diffusione, detenzione ecc. di pedo-pornografia "abusiva", visto il rinvio normativo al "materiale di cui al primo comma", che la "strumentalizzazione" del minore fosse oggetto del dolo dell'agente⁴¹. Nella realtà è, tuttavia, arduo dimostrare che colui che diffonde o detiene materiale pornografico prodotto da altri si rappresenti che esso è stato prodotto attraverso le condotte abusive descritte in sentenza. Considerata l'eterogeneità del materiale che circola in rete, si potrebbe assumere che l'agente abbia diffuso o scaricato le immagini credendo che si trattasse di "pornografia domestica", ossia opere realizzate con il consenso del minore *ultra-quattordicenne* nell'ambito di una relazione paritaria.

La Corte non si esprime su queste spinose questioni che, peraltro, esulano dal *petitum* sottoposto alla sua attenzione.

Diverse sono le soluzioni che la giurisprudenza potrà proporre.

Per l'integrazione delle fattispecie cd. "diffusive" di pedo-pornografia realizzata attraverso la strumentalizzazione del minore si potrebbe riconoscere, per esempio, la sussistenza del dolo eventuale, sostenendo che l'agente ha accettato il rischio di diffondere immagini che sono state realizzate attraverso condotte abusive (ad eccezione del reato di detenzione che è punito a titolo di dolo diretto).

Per quanto riguarda la diffusione di "pornografia domestica", si potrebbe seguire la linea interpretativa di un'interessante pronuncia di merito, che ha proposto una sorta di "scissione" fra il primo comma dell'art. 600-*ter* c.p. e le condotte disciplinate dai commi successivi, sostanzialmente "sminuendo" l'esplicito rimando al "materiale di cui al primo comma" indicato in queste ultime e riconoscendo, dunque, la loro applicabilità indipendentemente dalla presupposta utilizzazione del minore. Si potrebbe quindi "ricostruire" interpretativamente l'art. 600-*ter* c.p. affermando che, ad eccezione dei reati descritti nel primo comma della norma, per tutti gli altri delitti (fare commercio, distribuzione, diffusione, offerta, cessione, ma anche la detenzione di cui all'art. 600-*quater* c.p.) l'interprete non deve valutare se il minore sia o meno stato utilizzato, ma deve concentrarsi sulle caratteristiche delle immagini e sul-

⁴⁰ Similmente a quanto ha statuito la Corte di Cassazione relativamente alla diffusione di *selfie* pedo-pornografici (Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, in *Mass. Uff.*, n. 11675).

⁴¹ L'art. 600-*quater* c.p. non prevede un rinvio al materiale di cui all'art. 600-*ter* c.p. ma contempla comunque il termine "utilizzazione" (materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto).

la tipicità delle condotte che assumono significato criminoso in sé, senza esplorare l'“origine” dell'immagine, ossia senza chiedersi come sia stata prodotta, se vi era il consenso del minore, se si trattava di un contesto sentimentale o meno⁴². Si tratta, evidentemente, di un'interpretazione ortopedica della norma.

Qualora si optasse per una generale estromissione delle fattispecie di pedo-pornografia nei casi in cui l'oggetto materiale sia “pornografia domestica”, secondo la linea già perseguita dalla Corte di legittimità in caso di cessione o diffusione, ad opera di terzi, di auto-scatti pedo-pornografici, si potrebbe valutare la configurabilità, nel caso concreto, di altre figure di reato, quali il trattamento illecito dei dati personali, la diffamazione, gli atti persecutori, sempreché ne ricorrano i rispettivi, ulteriori requisiti.

In conclusione, questa sentenza ha contribuito, da un lato, a riposizionare la tutela offerta dal reato di produzione di pornografia minorile verso il singolo minore oggetto di strumentalizzazione a fini pornografici, dall'altro a riaprire il tema, molto delicato, delle immagini realizzate nell'ambito di un contesto intimo e consensuale, su cui si registrano tuttora opinioni contrastanti sia in dottrina che in giurisprudenza.

Non abbiamo voluto addentrarci, in questa sede, nel tema spinoso, e oggetto di numerose analisi critiche, del nuovo meccanismo introdotto dal comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., di cui la sentenza qui in commento rappresenta una delle prime applicazioni⁴³. Dobbiamo, tuttavia, riconoscere che, salvo alcuni correttivi ermeneutici che si renderanno probabilmente necessari, questa pronuncia ha, nel suo complesso, contribuito a fare chiarezza sulla posizione della Corte di Cassazione relativamente al reato di produzione di pornografia minorile, e a fornire un orientamento per l'interprete. Ed è stato grazie al nuovo sistema che obbliga le Sezioni semplici a investire della questione le Sezioni unite nel caso in cui non condividano un principio di diritto enunciato dalle medesime, che questa svolta giurisprudenziale non sia avvenuta ad opera di una Sezione semplice, così evitando la creazione di contrasti giurisprudenziali che confliggono inevitabilmente con la certezza del diritto.

Questa decisione non ha potuto, tuttavia, affrontare e risolvere tutte le intricate problematiche che tali reati sollevano: in fondo, non poteva certo essere una sola sentenza a farlo.

⁴² V., per l'ipotesi di diffusione di pedo-pornografia realizzata originariamente con il consenso del minore ritratto, la soluzione individuata da Trib. Firenze, 10 febbraio 2015, n. 163, G.I.P.

⁴³ Sul tema, fra i numerosi contributi, cfr. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it.

Crediamo che l'attuale struttura tipica di queste norme necessiti quindi di una revisione legislativa, capace di chiarirne definitivamente i confini applicativi, e di coordinarsi adeguatamente con altre disposizioni, soprattutto per non lasciare pericolosi vuoti di tutela⁴⁴.

MALAIKA BIANCHI

⁴⁴ Si consenta di rinviare, su questi temi, a BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, in corso di stampa.