

# Il “sexting minorile” non è più reato?

Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 116755

## *Is Forwarding Pornographic “Selfies” of a Minor a Crime or Not?*

*Observations on Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*

MALAIKA BIANCHI

*Ricercatrice di diritto penale presso l'Università degli Studi di Parma*

PORNOGRAFIA MINORILE, SEXTING, CONSENSO,  
TUTELA DEI MINORI, DIRITTI DEI MINORI

CHILD PORNOGRAPHY, SEXTING, CONSENT,  
CHILDREN'S PROTECTION, CHILDREN'S RIGHTS

### ABSTRACT

Il presente contributo trae spunto da una recente sentenza della Corte di Cassazione che esclude la configurabilità del delitto di cui all'art. 600-ter, comma 4, c.p., nel caso di cessione, da parte di terzi, di immagini pedo-pornografiche che sono state prodotte, autonomamente e volontariamente, dal minore in esse ritratto (i cd. “selfie”). La decisione permette di evidenziare come, sia gli obiettivi che hanno determinato l'introduzione dei delitti di pedo-pornografia, sia la struttura tipica delle norme, male si attagliano alla disciplina delle condotte di “sexting” che coinvolge minorenni. Attraverso un confronto con due ben articolate sentenze di merito, che si sono espresse recentemente sul tema, nel contributo si analizzano i “punti critici” dell'art. 600-ter c.p. e si riflette sull'eventuale legittimità del consenso prestato dal minore alla realizzazione delle immagini. È evidente come l'inadeguatezza delle attuali disposizioni costringa la giurisprudenza a forzature ermeneutiche, oppure ad accettare di creare un pericoloso vuoto di tutela. Si ritiene che per un corretto intervento su questa nuova cultura della “comunicazione dell'immagine sessuale” fra minorenni occorrerà, da un lato, cercare di identificare un bilanciamento fra tutela dei minori e rispetto dei loro diritti e, dall'altro, individuare sistemi efficaci di prevenzione ed educazione.

The article originates from a recent decision of the Supreme Court of Cassation, which rules that the crime disciplined by art. 600-ter, comma 4, of the Penal Code cannot be applied to the conduct of those who forward child-pornographic images that have been taken voluntarily and autonomously by the minor who is depicted in the image (so called “selfies”).

This decision allows us to focus on the limits of child pornography offences when applied to the phenomenon of “sexting” involving minors. Through a comparison with two well-structured decisions of the lower courts, the author analyses the critical elements of art. 600-ter c.p. and evaluates the legitimacy that could be attributed to the consent of the child depicted. The inadequacy of the present provisions compels the courts to either offer contrived interpretations, or accept impunity. A comprehensive solution for this new juvenile culture of “sharing sexual images” needs to find a balance between the need for protection and the recognition of children's rights, and also to identify effective prevention and educational systems.

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il fatto e le argomentazioni della decisione. – 3. La *ratio* dei delitti di pornografia minorile. Breve *excursus* sull'evoluzione normativa. – 4. La “parola chiave” dell'art. 600-ter c.p.: l'“utilizzo del minore”. Il materiale auto-prodotto non è l'oggetto materiale dei delitti di pedo-pornografia. – 4.1. *segue*... Riflessioni sull'eventuale legittimità del consenso del soggetto minore alla realizzazione d'immagini pedo-pornografiche: un minore che acconsente ad essere fotografato in pose pornografiche può dirsi “utilizzato”? – 5. Il commercio, distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta, cessione delle immagini di *sexting*. Come interpretare il rinvio al “materiale di cui al primo comma”? – 6. Conclusioni.

## 1.

## Premessa.

Da diversi anni l'invasione tecnologica accompagna, facilita, condiziona la quotidianità di gran parte degli individui, e in particolare delle giovani generazioni. Attraverso i cellulari e i *social network* i ragazzi si conoscono, stringono amicizie, comunicano, si scambiano opinioni e confidenze, condividono immagini di sé stessi e di altri, sviluppando parte delle relazioni interpersonali non nella realtà ma attraverso i nuovi mezzi di comunicazione virtuale.

Anche la scoperta della sessualità, i corteggiamenti, i rapporti sentimentali, le provocazioni sessuali, approcci che, per loro stessa natura, sono sempre avvenuti nella realtà dell'emozione del contatto fisico, adesso vedono nel mondo virtuale un nuovo luogo di incontro e di interrelazione.

In questo contesto si inserisce il fenomeno del “*sexting*” (dall'inglese “*sex*” (sesso) e “*texting*” (inviare messaggi))<sup>1</sup>, ossia la pratica di inviare immagini sessualmente allusive attraverso il cellulare o Internet<sup>2</sup>. La dottrina distingue, poi, fra “*sexting* primario”, che identifica le ipotesi, solitamente consensuali, in cui è la/o stessa/o protagonista dell'immagine ad inviarla ad un altro soggetto nell'ambito di un rapporto privato, e “*sexting* secondario” che descrive il caso in cui il primo destinatario dell'immagine, o altri, la metta in circolazione portandola alla vista di terzi<sup>3</sup>.

Seppur questa nuova modalità di gestione della sessualità riguardi soggetti di ogni età, è stata, in particolare, la partecipazione dei minorenni nella realizzazione delle immagini ad aver destato l'attenzione della dottrina, a seguito di alcune pronunce giurisprudenziali che hanno fatto ricorso alle norme che disciplinano i reati di pornografia minorile<sup>4</sup>.

La recentissima decisione della Terza Sezione della Corte di Cassazione<sup>5</sup> ci offre lo spunto per riflettere sul tema e per evidenziare come sia gli obiettivi che hanno determinato l'introduzione nel codice penale dei delitti di pedo-pornografia, sia la struttura tipica delle norme, male si attagliano al fenomeno sopra descritto.

Dopo una sintesi del fatto e l'illustrazione del percorso argomentativo fornito dalla Corte per confermare il proscioglimento degli imputati, si ripercorrerà la *ratio* che ha giustificato l'introduzione dei delitti di pedo-pornografia e si approfondiranno i punti critici dell'art. 600-ter c.p., rilevati dal Collegio giudicante, quali il requisito dell'“utilizzo del minore” e il rinvio contenuto in tutte le sottofattispecie al “materiale di cui al primo comma”, e ciò attraverso un confronto con due ben articolate sentenze di merito che si sono espresse recentemente sul tema. Si vaglierà anche l'eventuale legittimità del consenso prestato dal minore

<sup>1</sup> C. DiFRANCISCO, *The Sexting Case: Teenage Sexting, The New Constitutional Dilemma*, 8, *Seton Hall Cir. Rev.*, 2011-2012, 190.

<sup>2</sup> Una versione più ampia del fenomeno comprende anche l'invio di messaggi di testo sessualmente allusivi (v. la definizione in *Miller v. Skumanick*, 605 F. Supp. 2d 634, 637 (M.D. Pa. 2009)). La nostra indagine, così come quella della maggior parte degli studi criminologici e giuridici che si stanno effettuando soprattutto negli Stati Uniti, si concentrerà sull'invio delle immagini o video sessualmente suggestivi, sia per le ripercussioni che queste condotte possono avere sul soggetto ritratto, sia, e questo è il nostro ambito specifico di approfondimento, per le conseguenze giuridiche che possono derivare.

<sup>3</sup> Per approfondimenti v. A. VERZA, *Sexting e pedopornografia: i paradossi*, in *Ragion Pratica*, 2, 2013, 576; A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, in *Dir. pen. cont.*, 22.4.2015, 14.

<sup>4</sup> V. M. BERTOLINO, *Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*, in S. Vinciguerra – F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli 2010, 64 ss.; A. VERZA, *Sexting e pedopornografia: i paradossi*, cit.; A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 1 ss.; A. VERZA, *La lettera scarlatta e la presunzione del consenso come forma di whitewashing culturale. Riflessioni a margine tra l'art. 600-ter e il nuovo art. 612-bis comma 2°, c.p.*, in *Studi sulla questione criminale*, IX, n. 1-2, 2014, pp. 157-173.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675.

alla realizzazione delle immagini, elemento non approfondito dalla sentenza *de qua*. In conclusione, si discuteranno i limiti dell'applicazione dei delitti di pedo-pornografia in questo contesto, rilevando, criticamente, anche l'inadeguatezza di altri strumenti normativi attualmente a disposizione.

Obiettivo di questo contributo è quello di dare avvio ad un dibattito dottrinale sulla disciplina del *sexting* che possa essere di ausilio per la futura giurisprudenza e che possa far riflettere il legislatore su possibili opportunità di diversa e ulteriore tutela.

## 2.

### Il fatto e le argomentazioni della decisione.

Una minorenne scatta autonomamente alcune fotografie che la ritraggono in pose pornografiche e le invia, di propria iniziativa, ad alcuni amici, i quali, a loro volta, le “condividono” con altri amici, ad eccezione di un solo minore che le tiene per sé. Mentre quest'ultimo viene accusato per il reato di “detenzione di materiale pedo-pornografico” (art. 600-*quater* c.p.), l'imputazione per tutti gli altri minorenni è di cessione di materiale pedo-pornografico (art. 600-*ter*, comma IV, c.p.).

Il Tribunale per i Minorenni dell'Abruzzo dichiara di non doversi procedere nei confronti di tutti gli imputati per insussistenza del fatto. Presenta ricorso per Cassazione il Procuratore della Repubblica avverso il proscioglimento degli imputati che avevano “ceduto” le immagini pedo-pornografiche ricevute, per inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, evidenziando come l'interpretazione fornita dal Collegio determini un “pericoloso e gravissimo vuoto di tutela” per ipotesi simili a quella sotto esame.

La Corte di Cassazione respinge il ricorso, condividendo l'interpretazione fornita dal Tribunale, dimostrando, attraverso un'analisi letterale e teleologica dell'art. 600-*ter* c.p., come il presupposto necessario per la configurabilità di tutte le fattispecie di reato previste dalla norma sia la condizione di “alterità e diversità” fra il soggetto che ha prodotto il materiale pornografico e il minore ivi rappresentato. Presupposto, questo, assente nel caso di specie, dove le immagini che gli imputati avevano ceduto ad altri erano state realizzate autonomamente dalla minorenne in esse raffigurata.

In sostanza, secondo la lettura fornita dalla Corte, la produzione, divulgazione, cessione, ecc. dei cd. *selfie* pedo-pornografici (ossia auto-scatti effettuati dallo stesso minore immortalato nell'immagine) non sarebbe punibile ai sensi dei delitti di pedo-pornografia, pena una inammissibile analogia in *malam partem*.

Partendo da una ricostruzione storica della norma, la Corte pone in evidenza le incertezze ermeneutiche che erano emerse nella sua originaria formulazione e ricorda gli emendamenti cui la disposizione è stata sottoposta, dapprima dalla Legge n. 38/2006 e, successivamente, dalla Legge n. 172/2012. Questa premessa permetterebbe di dare risalto al primo comma della norma che, secondo i giudici, rivestirebbe il ruolo di “fondamento dell'intera previsione... decisivo per l'interpretazione anche dei successivi”<sup>6</sup>, e quindi anche della condotta di “cessione di materiale pedo-pornografico”, contesta agli imputati.

I dati letterali su cui la Corte focalizza la sua attenzione sono principalmente due: il requisito dell'“utilizzo” del minore, previsto dal primo comma; il rinvio, contenuto nei commi successivi (comma 2 e ss.), al “materiale pornografico di cui al comma 1”.

L'art. 600-*ter* c.p., al primo comma, punisce “chiunque, utilizzando minori di anni diciotto, ...produce materiale pornografico”. Affinché la produzione di tale materiale sia punibile occorre, pertanto, che sia avvenuta attraverso l'“utilizzo” di minori, condizione che costituirebbe un presupposto necessario per l'incriminazione del materiale *de quo*.

Nello specificare questo concetto, la Corte fa riferimento ad un utilizzo “strumentale” del minore, richiamando quell'interpretazione ampia del termine “sfruttamento” offerta dalla Corte a Sezioni Unite nella sentenza n. 13 del 2000<sup>7</sup>, che vi individuava un impiego dei minori “come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sé”<sup>8</sup>. Da qui il presupposto,

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 4.

<sup>7</sup> Cass. S.U., 31.05.2000, n. 13, in *Foro it.*, 2000, II, 685, con nota di C. RUSSO. Cfr. G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 428 ss..

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 5, 7.

anche logico, secondo cui la condotta di utilizzazione, e quindi di produzione, sia realizzata da un soggetto diverso, altro, rispetto al minore “utilizzato” e quindi “rappresentato”. Secondo la Corte, pertanto, se manca questa condizione di “alterità”, come nel caso in cui “il materiale sia realizzato dallo stesso minore – in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto – ,... la fattispecie di cui all’art. 600-ter, comma 1, in esame non potrà essere configurata per difetto di un elemento costitutivo”<sup>9</sup>.

Il rinvio contenuto nei commi 2, e seguenti, dell’art. 600-ter al “materiale pornografico di cui al comma 1”, vorrebbe indicare che oggetto materiale di tutte le fattispecie descritte della norma non possa essere materiale pornografico minorile *sic et simpliciter*, indipendentemente dalla sua origine, ma debba necessariamente essere stato realizzato “utilizzando” un minore di anni diciotto: proprio quel materiale descritto nel primo comma. Ne deriverebbe che non possono ritenersi integrati i delitti di divulgazione, diffusione, cessione, ecc. di pornografia minorile se non hanno ad oggetto materiale che è stato prodotto da un terzo attraverso l’utilizzo strumentale di un minore<sup>10</sup>.

La diversa lettura proposta dal Procuratore generale, attraverso un confronto con l’art. 600-*quater* c.p., non convince i giudici di legittimità. Secondo la tesi del ricorrente il presupposto dell’utilizzazione del minore sarebbe necessario nel delitto di detenzione di pornografia minorile che contiene espressamente la locuzione “materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto”, mentre l’oggetto materiale delle fattispecie descritte dall’art. 600-ter, comma 2 e ss. (compresa quindi la cessione), sarebbe *sic et simpliciter* materiale pornografico riprodotto minori, poiché l’elemento dell’utilizzazione è previsto solo nel primo comma della norma. Il collegio giudicante illustra come la scelta del legislatore di utilizzare un’indicazione “estesa” dell’oggetto materiale del reato nell’art. 600-*quater* c.p., e di non ricorrere al rinvio “sintetico” al primo comma dell’art. 600-ter c.p., usato per redazione dell’art. 600-ter, dipenda da ragioni di chiarezza linguistica<sup>11</sup>.

Inoltre, il contenuto di un’altra norma confermerebbe i risultati di quest’analisi letterale. La Suprema Corte richiama l’art. 602-ter c.p., che disciplina le circostanze aggravanti dei delitti contro la personalità individuale, fra cui si annovera anche l’art. 600-ter c.p., per due ordini di ragioni. In primo luogo, il contenuto delle elencate circostanze presupporrebbe sempre la sussistenza di due persone, l’autore e la vittima, e quindi necessariamente l’alterità tra autore del reato e persona offesa; in secondo luogo, la norma richiama l’art. 600-ter c.p. nella sua integralità, e ciò dimostrerebbe come l’*intentio legis* fosse quella di costruire una norma che rispondesse ad “un’unica e comune *ratio* ispiratrice”. Quest’ultima constatazione, a parere della Corte, imporrebbe di individuare “l’utilizzazione” a monte del minore quale presupposto necessario di tutte le sotto-fattispecie previste dalla norma, e quindi anche della “cessione”<sup>12</sup>.

Le conclusioni scaturite dall’analisi letterale della norma sarebbero corroborate anche dall’interpretazione teleologica. La Corte evidenzia come obiettivo del legislatore, dichiarato nell’art. 1 della Legge n. 269 del 1998, fosse quello di “tutelare i fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale”, e ciò in linea con i principali documenti internazionali da cui la legge italiana ha tratto ispirazione. Al fine precipuo di contrastare ampiamente tale fenomeno il legislatore ha anticipato la tutela penale punendo anche le attività prodromiche e strumentali alla pratica della pedofilia. È fu proprio questa *ratio legis* a giustificare l’interpretazione fornita dalla fondamentale sentenza n. 13/2000 delle Sezioni Unite della Cassazione, che la decisione in commento ha richiamato sia per sottolineare il ruolo sostanziale rivestito dal presupposto dello “sfruttamento” del minore (ora “utilizzazione”), sia per riproporre la qualificazione della fattispecie di cui al primo comma dell’art. 600-ter come reato di pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico prodotto<sup>13</sup>.

La strumentalizzazione dei minori, della loro sessualità, il circuito della pedofilia erano, in sostanza, ciò che il legislatore voleva contrastare con i reati di pedo-pornografia. L’utilizzo di questi delitti per criminalizzare la produzione e diffusione di materiale auto-prodotto, scevro

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 6.

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 7.

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 8.

<sup>12</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 7.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 5, 8.

da qualsiasi forma di strumentalizzazione del minore a monte, non risponderebbe, pertanto, agli obiettivi che il legislatore si era prefissato.

### 3.

#### **La ratio dei delitti di pornografia minorile. Breve *excursus* sull'evoluzione normativa.**

Sono trascorsi ormai quasi vent'anni da quando, con la Legge n. 269/1998, sono stati introdotti nel codice penale gli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p.

La Legge, nota come "Legge anti-pedofilia"<sup>14</sup>, si inseriva nel solco di una lotta mondiale allo sfruttamento sessuale dei soggetti minorenni e voleva rappresentare uno strumento di "guerra al nemico pedofilo" di cui la comunità internazionale si era fatta promotrice, dapprima, attraverso la "Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza" del 1989, e poi, in particolare, con la "Dichiarazione Finale della Conferenza Mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali" del 1996. L'emergenza che il legislatore italiano percepiva al tempo in cui ha redatto e approvato la normativa del 1998 riguardava, pertanto, la necessità di intervenire urgentemente per contrastare, attraverso sanzioni severissime, comportamenti di sfruttamento sessuale di soggetti minorenni, la prostituzione minorile, il truce mercato della pedo-pornografia e, più in generale, la mercificazione di immagini di abusi sessuali di soggetti minorenni<sup>15</sup>.

Parte della prima dottrina che commentò le norme neo-introdotte, pur plaudendo gli obiettivi perseguiti dal legislatore, criticò la formulazione normativa adottata per l'eccessiva ampiezza ed indeterminazione delle fattispecie incriminatrici, capaci di ricomprendere nel loro alveo anche comportamenti che erano, per il tipo di condotta, per i soggetti attivi e passivi coinvolti, per il disvalore, per l'offensività, estremamente distanti da quelle ipotesi di "abuso" che avevano motivato e giustificato l'introduzione della severa normativa "anti-pedofilia"<sup>16</sup>.

Ebbene, alcuni anni dopo l'introduzione di tali norme, il legislatore, con l'approvazione della Legge n. 38 del 2006, avrebbe avuto l'occasione di ritoccare le disposizioni in commento in modo da ridurne l'eccessiva ampiezza e da garantire maggiormente il rispetto del principio di legalità ed offensività, ma, al contrario, estese ulteriormente la normativa esistente. Fra le principali novità, si segnala la sostituzione, al primo comma dell'art. 600-*ter* c.p., del termine più restrittivo di "sfruttamento" con quello più ampio di "utilizzazione", e l'introduzione dell'incriminazione della "pedo-pornografia virtuale" all'art. 600-*quater*.1 c.p. La *ratio* incriminatrice era sempre la stessa, ossia quella di "combattere, con assoluto rigore, fenomeni criminosi che integrano gravissime violazioni del diritto fondamentale di ogni minore ad una crescita, un'educazione ed uno sviluppo sereni ed armoniosi"<sup>17</sup>, prevedendo norme ancora più efficaci, nonché adeguate alle nuove modalità informatiche di commissione di tali reati.

Infine il legislatore è intervenuto ancora una volta, con la Legge del 1.10.2012, n. 172 di ratifica della cd. Convenzione di Lanzarote, per riesaminare e perfezionare la lettera delle norme in esame<sup>18</sup>. Quest'ultima Novella ha apportato delle modifiche anche all'art. 600-*ter* c.p.,

<sup>14</sup> Più precisamente la Legge n. 269/98 è titolata "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù".

<sup>15</sup> A. CADOPPI, *Commento pre-art. 600-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 64 ss.

<sup>16</sup> V. A. CADOPPI, *Art. 1, Modifiche al codice penale*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002, 499 ss. L'A. rilevava un contrasto fra quanto dichiarato dal legislatore all'art. 1 della Legge e la struttura tipica delle norme introdotte. Nell'art. 1 della Novella, infatti, il legislatore non solo enunciava quello che doveva essere considerato l'interesse protetto, ma anche le modalità di aggressione allo stesso, dichiarando esplicitamente che: "la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia". Nonostante queste premesse, le fattispecie incriminatrici potevano estendersi oltre le ipotesi di "abuso" e "sfruttamento" che la norma intendeva prevenire. L'A., così, scriveva: "Peraltro, il legislatore ha commesso un errore. Ha dato per scontato che i fatti da punire fossero quelli – così terribili – che aveva in mente, ma non ha ritagliato le fattispecie secondo tale modello criminologico. Pensava ad impuberi, e ha parlato di minori di 18 anni! Pensava ad abusi, ed il termine "abuso" non ha trovato ingresso nella legge! Pensava a fanciulli portati via in catene, e non ha richiesto nessuna "coartazione della volontà" nelle fattispecie (almeno per gli ultraquattordicenni!). Insomma, non ha fatto proprio quello che un buon legislatore, soprattutto in materia penale, deve fare: partire dal fenomeno da contrastare, e costruire fattispecie ben modellate su tale fenomeno, in ossequio ai principi di offensività, di determinatezza, di frammentarietà e di *extrema ratio*".

<sup>17</sup> V. Relazione al Ddl n. 4599 del 13.1.2004, p. 2.

<sup>18</sup> Per un'analisi dei contenuti della cd. Convenzione di Lanzarote e per una panoramica sugli ultimi documenti internazionali a tutela del soggetto minorenne v. M. 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*, II ed., Torino, 2014.



fra cui l'introduzione della definizione di "pornografia minorile" al settimo comma, andando così a colmare una lacuna che aveva fatto discutere dottrina e giurisprudenza. Tuttavia, come vedremo più avanti nel commento, la collocazione della definizione al settimo comma ha reso ancor più complessa un'interpretazione sistematica della norma.

## 4.

### La "parola chiave" dell'art. 600-ter c.p.: l'"utilizzo" del minore". Il materiale auto-prodotto non è l'oggetto materiale dei delitti di pedo-pornografia.

La *ratio* incriminatrice è esplicitamente dichiarata. La meno chiara formulazione letterale delle fattispecie sta, invece, generando contrasti in giurisprudenza, soprattutto nelle ipotesi oggetto del nostro approfondimento.

Abbiamo visto come la sentenza che si annota abbia attribuito valore fondante, per escludere la punizione nel caso *de quo*, al presupposto dell'"utilizzo" del minore previsto dal primo comma dell'art. 600-ter c.p. Tale termine, che, come abbiamo già precisato, ha sostituito, con la Legge n. 38/2006, l'originario requisito dello "sfruttamento" del minore, è stato oggetto di letture più o meno ampie della dottrina.

Secondo parte della letteratura, con tale nozione si intende la "strumentalizzazione" del minore, sia con scopo di lucro che senza fine lucrativo<sup>19</sup>. Vi sono Autori che precisano che la strumentalizzazione a scopi pornografici può semplicemente essere rivolta anche alla produzione di materiale ad uso privato<sup>20</sup>.

Altra letteratura, per limitarne la portata incriminatrice, onde evitare l'applicazione dei delitti in commento a casi che esulano dalla *ratio* della normativa, propone, ricorrendo alle origini etimologiche del termine, di interpretare restrittivamente il termine "utilizzo", enfatizzandone la portata "spregiativa", pur riconoscendo le difficoltà che il giudice incontrerebbe in un'ardua operazione ermeneutica che rischierebbe di forzare eccessivamente il dato normativo<sup>21</sup>.

Vi è una dottrina minoritaria che, invece, ridimensiona, in considerazione dell'illimitata potenzialità diffusiva del materiale pornografico realizzato con le nuove tecnologie, il ruolo dell'"utilizzo" nell'ambito della struttura costitutiva del reato, per dare maggiore peso al pericolo di circolazione del materiale. L'incontrollabile distribuzione di immagini che ritraggono la sessualità di minori solleciterebbe, infatti, la commissione di futuri reati di abusi ai danni di minori. Le vittime di questi reati non sarebbero, pertanto, secondo tale orientamento, solo i minori "utilizzati" ma tutti i fanciulli, esposti a futuri abusi e sfruttamenti<sup>22</sup>: l'interesse tutelato non sarebbe quindi "individuale" ma "collettivo" e riguarderebbe la dignità e l'equilibrato sviluppo di tutti i fanciulli, affinché non siano ridotti a mero strumento di soddisfazione sessuale<sup>23</sup>. Ecco, quindi, che questo spostamento del baricentro della tipicità sul versante della potenzialità diffusiva dell'immagine comporterebbe l'inutilità di insistere sulla necessaria sussistenza di uno sfruttamento a monte del minore e sulla rilevanza del consenso di quest'ultimo<sup>24</sup>.

La Suprema Corte, nella sentenza in commento, mantiene salda l'analisi ermeneutica del primo comma offerta dalle Sezioni Unite, trasponendola inalterata alla nuova formulazione della norma: l'"utilizzo" è l'impiego dei minori come mezzo, è offendere la loro personalità nell'aspetto sessuale, attività che, aggiunge la Cassazione, costituisce una modalità esecutiva

<sup>19</sup> V., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, 5ª ed., Padova, 2013, 496.

<sup>20</sup> V. L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter, primo e secondo comma, c.p. e art. 600 quater.1 c.p.)*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 401; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II, 1, I delitti contro la persona*, 4ª ed., Bologna, 2013, 173. Si precisa che, mentre secondo parte della dottrina, la realizzazione di materiale pedo-pornografico per uso personale può configurare il delitto di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p. (v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, cit.*, 173), secondo altra letteratura integrerebbe il reato di cui all'art. 600-quater c.p. (v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, cit.*, 497). Per la giurisprudenza v., *infra*, nt. 47.

<sup>21</sup> A. CADOPPI, *Commento art. 600-ter, I e II comma c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, cit.*, 160.

<sup>22</sup> L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *Scritti per Federico Stella, II*, Milano, 2007, 1292-1295.

<sup>23</sup> L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici, cit.*, 1303.

<sup>24</sup> Su questo punto cfr., inoltre, L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte prima)*, in *Studium Iuris*, 2007, 10, 1069.

della condotta di produzione di pornografia minorile e, pertanto, rappresenta un elemento costitutivo del reato<sup>25</sup>.

Ebbene, dal momento in cui l'interprete ha deciso di conferire a tale nozione un significato che permette di ritagliare la tipicità della norma, deriva che le condotte che non implicano l'utilizzazione, *rectius* "strumentalizzazione", del minore, non possano considerarsi tipiche. Così avviene nel caso, come quello in commento, in cui l'immagine pornografica sia stata prodotta dallo stesso minore in essa rappresentato, poiché l'autore, in questa ipotesi, non ha utilizzato/strumentalizzato un altro minore, ma sé stesso. Ed è proprio tale connotazione del termine ad evocare la soggezione di un individuo rispetto ad un altro, e quindi un utilizzo, secondo l'espressione offerta dalla prima dottrina che si è occupata del tema, necessariamente "transitivo" del minore da parte di un secondo soggetto, con conseguente esclusione della rilevanza dell'utilizzo "riflessivo" della corporeità minorile ad opera dello stesso soggetto raffigurato<sup>26</sup>.

Escludendo i cd. *selfie* dall'alveo del materiale incriminato la Cassazione ribadisce la posizione assunta dalla recente giurisprudenza di merito. La Corte d'appello di Milano<sup>27</sup>, per esempio, si è trovata ad esprimersi recentemente sul caso di un ventenne che era entrato in contatto su Internet con una minore ultraquattordicenne, la quale aveva creato un proprio *account* su un *social network*, e aveva da quest'ultima ricevuto sue fotografie in cui era nuda o intenta a compiere atti sessuali su sé stessa, e, su richiesta della medesima, le aveva inviato sue fotografie in cui appariva nudo. Il Collegio, nel valutare la responsabilità dell'uomo per i delitti di cui agli artt. 600-*ter* (comma 1) e 600-*quater* (comma 1) c.p., esclude la sussistenza del presupposto dell'"utilizzo del minore" in caso di "auto-produzione", valorizzando, in particolare, l'elemento del consenso manifestato dalla minorenni, condizionato da specifici requisiti che andrebbero valutati caso per caso<sup>28</sup>.

Ecco, quindi, un approfondimento ulteriore che propone la giurisprudenza di merito e che omette di affrontare la Cassazione, ossia il valore del consenso del minore alla realizzazione di materiale pedo-pornografico che lo ritrae. In realtà la Suprema Corte supera il problema velocemente, in un *obiter dictum* in cui afferma che l'eventuale consenso prestato dal soggetto rappresentato è del tutto irrilevante, senza argomentare ulteriormente tale dichiarazione<sup>29</sup>. È vero che l'ipotesi sottoposta all'attenzione della Corte era facilmente risolvibile, nel rispetto del principio di legalità, semplicemente escludendo la tipicità della pedo-pornografia auto-prodotta per assenza del necessario presupposto dell'utilizzazione e quindi di un elemento costitutivo del reato.

Tuttavia, le condotte di *sexting* si estrinsecano con modalità differenti seppur accomunate in tutto e per tutto negli obiettivi che le determinano. Può essere il minore rappresentato a farsi un autoscatto, come nel caso di specie, oppure può essere il minore a chiedere ad un altro soggetto di scattargli una fotografia in pose intime o di registrarlo mentre compie atti sessuali, oppure, ancora, la registrazione può essere realizzata in parte dal minore rappresentato, in parte da un terzo su richiesta del primo. È quest'ultimo, per esempio, il caso posto all'attenzione del Tribunale di Firenze, che ha dato origine alla sentenza di cui si parlerà più avanti, in cui due fidanzati, una minorenni (diciassettenne) ed un maggiorenne, decidono di registrare i propri amplessi, e dove il video oggetto di giudizio è effettuato per la prima parte della ripresa dalla minorenni, e per la seconda parte dal compagno su richiesta della ragazza<sup>30</sup>.

È evidente qui il limite di un'interpretazione del concetto di "utilizzo" che escluda, a priori, qualsiasi valore al consenso del minore ritratto, senza approfondire la questione, senza fornire alcuna guida per la giurisprudenza successiva. Si ritiene pertanto opportuno, in questa sede, tentare di fare maggiore chiarezza su questo punto, alla luce, in particolare, delle riflessioni emerse in due sentenze di merito che hanno preceduto la decisione in commento.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 7.

<sup>26</sup> A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 3.

<sup>27</sup> C. Appello Milano, 12.3.2014 in *Dir. pen. cont.*, 17.6.2014, con nota di G. SASSAROLI.

<sup>28</sup> C. Appello Milano, 12.3.2014, cit., 9 ss.: con riferimento all'art. 600-*ter* c.p. v. pp. 11-12; più ampio, con riferimento all'art. 600-*quater* c.p., v. pp. 12-14. *Amplius, infra*, par. 4.1.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 6.

<sup>30</sup> Tribunale ordinario di Firenze, Ufficio GIP, 10.2.2015, n.163, in *Dir. pen. cont.*, 22.4.2015, con nota di A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 1 ss.

## 4.1. segue... *Riflessioni sull'eventuale legittimità del consenso del soggetto minore alla realizzazione d'immagini pedo-pornografiche: un minore che acconsente ad essere fotografato in pose pornografiche può dirsi "utilizzato"?*

Nella sentenza che si commenta, i giudici non hanno avuto bisogno di approfondire il tema del valore del consenso del minore alla realizzazione di opere pornografiche che lo ritraggano, anzi ne hanno sbrigativamente affermato l'irrilevanza.

Un ragionamento più ampio e articolato, per quanto, per alcuni aspetti, "forzato", è stato proposto dalla Corte d'Appello di Milano e dal Tribunale di Firenze in due recenti decisioni in cui l'organo giudicante si è trovato costretto a rintracciare un'interpretazione della norma che la rendesse coerente con la disciplina dei "vicini" delitti sessuali e che permettesse di adattare i reati di pedo-pornografia alle condotte di *sexting*.

La Corte d'Appello di Milano, nella sentenza su citata, nell'escludere la sussistenza del delitto di detenzione di pornografia minorile in capo al soggetto che aveva ricevuto e conservato fotografie intime che ritraevano una minore, realizzate dalla medesima con auto-scatto, ha ritenuto che per stabilire se vi sia utilizzazione del minore nella condotta detentiva occorre considerare il consenso prestato da quest'ultimo. Consenso che non deve essere valutato come concetto assoluto e astratto, bensì alla luce dei singoli elementi che connotano il caso concreto, quali "l'età del minore rispetto al consenso prestato, le modalità di richieste per ottenere il consenso, le modalità di espressione del consenso, il coinvolgimento o meno di terzi, la destinazione successiva delle immagini autoprodotte, e così via"<sup>31</sup>.

Ecco che proprio l'analisi dei singoli elementi qualificanti il consenso della minore nel caso specifico ha portato a riscontrarne la validità: il materiale era autoprodotta; la minore aveva un'età tale da prestare un consenso giuridicamente valido, in quanto soggetto imputabile e che può autodeterminarsi in ambito sessuale (qui la Corte richiama la disciplina degli artt. 609-*quater* c.p. e 609-*quinquies* c.p.); la minore aveva consensualmente inviato le proprie immagini a più persone, non solo all'imputato<sup>32</sup>.

Si allinea a questo ragionamento un'altra recente decisione di merito, che tuttavia giunge ad un epilogo differente in quanto il fatto degenera nella divulgazione non consentita della registrazione videografica. Attribuisce, infatti, valore al consenso della minore ultraquattordicenne anche il Gip di Firenze nella sentenza n. 163 del 2015<sup>33</sup>. Il fatto può essere scomposto in due fasi: in un primo momento due fidanzati (lei diciassettenne e lui maggiorenne) registrano i propri rapporti sessuali su iniziativa e richiesta della minore, in particolare il video oggetto del giudizio era stato effettuato con il cellulare del ragazzo, per la prima parte della registrazione dalla minore, che poi aveva passato il cellulare al compagno il quale aveva proseguito; successivamente, in seguito all'interruzione della relazione, il giovane pubblica sulla rete sociale *facebook* il video. Mentre il tribunale riconosce l'imputato responsabile per il reato di divulgazione di pornografia minorile, lo assolve dal delitto di produzione. Approfondiremo le argomentazioni a sostegno della condanna per la condotta di "divulgazione" nel prosieguo del commento. Ciò che ci interessa ora, è illustrare come il giudice abbia escluso il più grave reato di "produzione di pornografia minorile" sulla base dell'assente presupposto dell'"utilizzazione" del minore, valorizzando il consenso di quest'ultimo. A parere del giudice, un'interpretazione sistematica dell'art. 600-*ter*, comma 1, c.p., che si concili con il dettato dell'art. 609-*quater* c.p. (che conferisce libertà sessuale all'ultraquattordicenne) impone "di effettuare una valutazione del concetto di "utilizzazione" tenendo conto anche del possibile consenso prestato dal minore, interpretato alla luce delle diverse fasce d'età indicate dal legislatore con riferimento alla libertà sessuale"<sup>34</sup>. In motivazione viene quindi postulata una distinzione circa la rilevanza del consenso alla produzione di pedo-pornografia in ordine all'età del minore: esso non rileva qualora il soggetto sia infraquattordicenne, mentre dovrà essere attentamente accertata dal giudice la validità del consenso dell'ultraquattordicenne sulla base della libertà, spontaneità, consapevolezza con cui viene manifestato. Il giudicante, in conclusione, afferma che non

<sup>31</sup> C. Appello Milano, 12.3.2014, cit., 14.

<sup>32</sup> C. Appello Milano, 12.3.2014, cit., 14.

<sup>33</sup> Tribunale ordinario di Firenze, Ufficio GIP, 10.2.2015, n.163, cit., 21 ss.

<sup>34</sup> Tribunale ordinario di Firenze, Ufficio GIP, 10.2.2015, n.163, cit., 21.



riconoscere alcun valore ad un consenso prestato secondo tali condizioni, nella valutazione del caso concreto, “potrebbe in ipotesi limitare fortemente quella stessa libertà sessuale, e le relative manifestazioni della stessa, che l’ordinamento invece vuole riconoscere”<sup>35</sup>.

Due decisioni “coraggiose” dunque, che, come abbiamo premesso, hanno forzato la lettera della norma. Il legislatore non ha previsto espressamente alcuna distinzione circa la manifestazione del consenso in ragione dell’età del minore, come invece ha fatto per gli “atti sessuali con minorenne” (art. 609-*quater* c.p.). Ha però inserito, con il termine “utilizzo”, un non trascurabile presupposto della condotta, che lascia ampio spazio d’interpretazione. L’analisi ermeneutica può spingersi fino al punto da introdurre una disciplina differenziata relativamente all’età del soggetto passivo?

La dottrina maggioritaria che in origine si era posta il problema aveva, da subito, risposto negativamente, evidenziando l’insuperabilità di una “chiara” scelta effettuata dal legislatore<sup>36</sup>. Nell’ambito di questo orientamento, articolata è l’argomentazione di quella letteratura che, spostando il fulcro dell’offensività dal momento dell’utilizzazione a quello della circolazione del materiale, riduce significativamente il ruolo del requisito dell’ “utilizzo” nell’ambito della struttura dei delitti<sup>37</sup>.

In un’ottica di ragionevolezza e di coerenza del sistema, invece, altra dottrina aveva proposto una diversa lettura, distinguendo, sullo schema già presente per i reati sessuali, fra soggetti passivi infraquattordicenni, i minori fra i quattordici ed i sedici anni, e maggiori di sedici anni. Se per i primi la tutela penale dovrebbe ritenersi assoluta, e il consenso del minore irrilevante, per i minori ultraquattordicenni ma minori di sedici anni, vi sarebbe una presunzione di dissenso alla realizzazione dell’opera, salvo che si dimostri che il minore per la sua maturità poteva validamente disporre della sua libertà sessuale e la scelta era libera e informata. Infine, per il minore ultrasedicenne, il consenso dovrebbe considerarsi presunto, salva la prova che non avesse una maturità sufficiente ad autodeterminarsi nella sfera sessuale, oppure che il consenso non fosse libero ed informato<sup>38</sup>. Quest’ultima opzione ermeneutica ha il merito di cercare una soluzione per non appiattare la tutela sotto il cappello della “minore età”, scelta che equipara indiscriminatamente tutti i minori, senza conferire alcun peso allo stadio di evoluzione della maturità e dello sviluppo psico-fisico che si accresce con l’età.

Ad avviso di chi scrive, una valutazione circa la legittimità del consenso del minore, fondata su un parallelismo logico-sistematico con la disciplina prevista per gli “atti sessuali con minorenne”, potrebbe ritenersi ammissibile solo ove si riferisca alla condotta di realizzazione di materiale pornografico che sia destinato alla mera detenzione privata<sup>39</sup>, poiché solo in quest’ultima ipotesi potrebbe ravvisarsi una similitudine con la libera attività sessuale con/ fra soggetti ultraquattordicenni. La condivisione volontaria di immagini intime da parte del soggetto rappresentato nell’ambito di un rapporto privato e liberamente scelto, potrebbe qualificarsi, se pensata nella nuova “era tecnologica”, come un rapporto sessuale “virtuale” consen-

<sup>35</sup> Tribunale ordinario di Firenze, Ufficio GIP, 10.2.2015, n.163, *cit.*, 22.

<sup>36</sup> F. IZZO, *Norme contro la pedofilia*, Napoli, 1998, 31 s.; V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Gdir*, 1998, 33, 47; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, 162; A. DEBERNARDI, *sub art. 600 ter c.p.*, in *Comm. La Monica, Mazza, Marini*, III, Torino, 2002, 2900. L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, *cit.*, 1292; M. LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *CP*, 2008, 4174. Si allineano a questo orientamento Cass. pen., sez. III, 5.6.2007, n. 27257, con nota di D. VALENZA, *Rapporti tra fattispecie e costruzione per gradi di offesa al bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 10, 2009, 3852 ss; Cass. pen., sez. III, 28.10.2010, n. 43414; Cass. pen., sez. III, 23.11.2011, n. 1181; Cass. pen., sez. III, 21.11.2012, n. 47239; Cass. pen., sez. III, 16.4.2013, n. 39872.

<sup>37</sup> L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, *cit.*, 1292. L’A. scrive: “Nel nuovo contesto di rapporti sociali permeati dalla tecnologia delle comunicazioni a distanza, “globalizzate” e capillari, disponibili a chiunque, emerge la necessità di vietare *ab origine* la produzione del materiale illecito in quanto “pedo-pornografico”, a prescindere dalla genesi della sua creazione nello sfruttamento od anche mera utilizzazione della vittima”. Inoltre, l’Autore, ravvisando l’offensività del delitto di cui al primo comma dell’art. 600-*ter* c.p. nel concreto pericolo di diffusione del materiale pedo-pornografico, esclude dalla tipicità oggettiva di tale reato la pornografia minorile intima.

<sup>38</sup> A. CADOPPI, *Commento art. 600-*ter* I e II comma c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, *cit.*, 149 ss.; cfr., inoltre, S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *cit.*, 429-430.

<sup>39</sup> Se si dovesse prevedere una “causa di non punibilità” per questa condotta (non intendiamo prendere posizione, in questa sede, sulla natura giuridica della causa di non punibilità), dovrebbe, a nostro avviso, inserirsi nell’ambito dell’art. 600-*quater* c.p.. V., *infra*, nt. 47, 49, 50.

suale fra soggetti che sono titolari di un diritto alla libertà sessuale<sup>40</sup>.

Notiamo che la giurisprudenza di legittimità, nelle più recenti pronunce, ha riconosciuto la configurabilità dei delitti di prostituzione, di violenza sessuale, di atti sessuali con minorenne, anche quando gli atti avvengono a distanza, attraverso i nuovi mezzi di comunicazione<sup>41</sup>. Con un ragionamento *a contrario*, i medesimi atti sessuali dovrebbero considerarsi non punibili, perché libera espressione della sessualità, quando mancano le connotazioni costrittive, induttive, retributive, o il coinvolgimento di un infraquattordicenne, tutti elementi che li rendono criminosi<sup>42</sup>. Ma non è così scontato: se l'atto sessuale che coinvolge un minore è immortalato in un'immagine, esso diventa "pedo-pornografico", in quanto corrisponde alla definizione contenuta nell'art. 600-ter, comma 7, c.p. Ciò però non significa che diventi automaticamente illecito, perché, la norma richiede che il materiale sia realizzato con l'utilizzazione del minore.

Ed è proprio questo il dilemma che la giurisprudenza sta cercando di risolvere.

Se seguiamo il *dictum* della sentenza in commento, il *selfie* pedo-pornografico (autonomo, consapevole, volontario) non corrisponde all'oggetto materiale del reato, mentre se la medesima immagine è stata realizzata da un terzo con il libero e consapevole consenso del minore ritratto, la sua produzione, detenzione, cessione, ecc., potrebbe integrare il reato.

A nostro avviso questa distinzione non è sorretta da alcun fondamento, neppure se proviamo ad inquadrare queste ipotesi di *sexting* nell'ambito della teoria del paternalismo, che, come sappiamo, giustifica l'incriminazione delle scelte auto-dannose. Gli studiosi di questa teoria discorrono e distinguono fra scelte dannose auto-prodotte e azioni eseguite da una seconda persona con il consenso di colui che chiede di subire il danno, fra scelte volontarie e consa-

<sup>40</sup> Si riporta, in questo ambito, uno stralcio della decisione della C. Appello Milano, 12.3.2014, *cit.*, 12, che, nel valutare se il materiale pornografico realizzato direttamente da una ultraquattordicenne, consegnato consensualmente ad altro soggetto e da quest'ultimo conservato, integri o meno l'ipotesi prevista dall'art. 600-*quater* c.p., afferma: "Il caso in esame, come già detto, riguarda una minore ultraquattordicenne –rispetto alla quale, quindi, il tema del consenso va affrontato in modo diverso rispetto al consenso espresso da una bambina – che instaura un rapporto amoroso virtuale con un ventenne, con un linguaggio scritto che via via diviene sempre più esplicito, e anche molto crudo, in relazione alla sfera sessuale e, infine, consensualmente, vi è uno scambio reciproco di fotografie, richieste da entrambi, che ritraggono le parti coinvolte in pose erotiche".

<sup>41</sup> Cfr., *inter alia*, Cass. pen, Sez III, 18.7.2012, n. 37076; Cass. pen., sez. III, 25.3.2015, n. 16616; Cass. pen., sez. III, 21.3.2006, n. 15158.

<sup>42</sup> Ad un parallelismo con gli "atti sessuali virtuali", che la giurisprudenza ha ritenuto sussistenti anche in assenza di un contatto fisico fra le parti, si potrebbe obiettare che nelle ipotesi di "*sexting*" difetti quell'"interazione" fra i due soggetti, richiesta dalla giurisprudenza affinché la prostituzione "a distanza", per esempio, possa configurare reato.

Occorre, a nostro avviso, operare una distinzione.

Ai fini della configurabilità dell'atto di "prostituzione", l'elemento dell'interazione fra cliente e prostituta è determinante poiché il disvalore della condotta risiede proprio nell'uso strumentale della sessualità altrui in cambio di un corrispettivo economico. Nell'ambito dell'orientamento ormai consolidato, secondo cui assume la qualità di atto di prostituzione il comportamento di colui che esegue prestazioni sessuali in videoconferenza in modo tale da consentire al "cliente" di interagire, con la possibilità di richiedere il compimento di atti sessuali determinati, risulta di interesse, per comprendere il significato del necessario requisito dell'"interazione fra le parti" quanto dichiarato la stessa Corte di Cassazione. Nella sentenza Cass. pen., III, n. 15158 del 21.3.2006, la Suprema Corte ha precisato che: "l'aspetto che prima di ogni altro lede la dignità della prostituta è quello per cui ella mette il proprio corpo alla mercè del cliente, disponendone secondo la volontà dello stesso. Alla stregua di tali criteri, non può revocarsi in dubbio che l'attività di chi si prostituisce può consistere anche nel compimento di atti sessuali di qualsiasi natura eseguiti su se stesso in presenza di chi, pagando un compenso, ha chiesto una determinata prestazione al fine di soddisfare la propria libidine, senza che avvenga alcun contatto fisico tra le parti. Tale nozione è conforme allo spirito della L. n. 75 del 1958 che – nel sanzionare penalmente i comportamenti diretti alla induzione, favoreggiamento, sfruttamento della prostituzione e gli altri descritti dalla norma – rende chiaro, in relazione alla gravità delle pene previste per tali fatti, il disvalore sociale attribuito, secondo il comune sentire, ad atti che implicano l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo. Non può, pertanto, essere ritenuto determinante, ai fini della configurabilità dell'atto di prostituzione, l'elemento del contatto fisico tra il soggetto che si prostituisce e il fruitore della prestazione, mentre lo è quello della interazione tra l'operatrice e il cliente, che sussiste nella fattispecie in esame".

In altre parole, l'"interazione" fra cliente e prostituta diventa elemento necessario affinché possa affermarsi che il primo abbia avuto modo di richiedere il compimento di atti sessuali determinati che vengono conseguentemente dallo stesso immediatamente percepiti.

Diverso sarebbe il caso del "*sexting*" consensuale e privato, che, proprio perché assimilabile ad una "libera attività sessuale" potrebbe considerarsi non punibile: esso non è un rapporto strumentale, di utilizzo della sessualità altrui, ma rientra in una relazione libera, volontariamente scelta e svincolata da qualsiasi corrispettivo. L'elemento dell'"interazione", che permette di dimostrare che vi sia stata la richiesta di una determinata prestazione, non risulterebbe dunque necessario. In questo contesto, si potrebbe riconoscere comunque un "rapporto sessuale virtuale" anche qualora il destinatario dell'immagine rimanga uno statico osservatore. Si aggiunga, inoltre, che spesso lo scambio di immagini intime (sia fotografie, sia video in movimento), che avviene fra minori maturi e consenzienti, implica un'interazione fra i soggetti: le pose immortalate nell'immagine possono essere state richieste dal prescelto destinatario, il quale, a sua volta, invia all'"amica" le proprie immagini osè. Si tratta, comunque, solo di tante variabili nell'ambito di azioni, richieste, provocazioni che fanno parte di un privato "gioco amoroso" a distanza, che, proprio perché "libero", esiste, continua, e si evolve, fino a quando le parti lo desiderano.

Solo per queste manifestazioni di "*sexting* minorile" si potrebbe forse ipotizzare un'analogia con l'attività sessuale fra minori consenzienti, con le differenze, tuttavia, evidenziate più avanti nel commento.

pevoli, e scelte involontarie<sup>43</sup>. Tutti partono, però, da un presupposto imprescindibile, ossia che la condotta sia dannosa. Ebbene, noi crediamo che, nei casi oggetto del nostro studio, la *quaestio* non ruoti tanto attorno a chi ha realizzato l'immagine, quanto all'effettiva dannosità o meno della condotta primaria. Se, come noi intuiamo, è discutibile la presenza dell'offesa nel momento in cui il minore maturo esprime un consenso consapevole alla realizzazione dell'immagine destinata a restare "privata", mentre è evidente nel momento successivo in cui l'immagine viene divulgata<sup>44</sup>, allora non ci sarebbe nessun motivo per discriminare i casi di opere auto-prodotte da quelli in cui le immagini sono state realizzate da altri con il consenso del protagonista. In quest'ottica, l'intervento, eventualmente paternalistico, dovrebbe attivarsi solo se l'immagine viene messa in circolazione, e ciò indipendentemente dal fatto che sia auto-prodotta o realizzata con il consenso del minore<sup>45</sup>.

L'offesa, nella condotta iniziale, ci sarebbe solo se la scelta non fosse volontaria o consapevole<sup>46</sup>. Ecco che, per questa valutazione, sarebbe opportuno differenziare le diverse fasce d'età.

La decisione contraria del legislatore di non operare alcuna distinzione fra soglie intermedie di età, ma di proteggere indiscriminatamente tutti i minori di anni diciotto, crea anche un'incoerenza nel sistema. Mentre un soggetto adulto può tranquillamente intrattenere rapporti sessuali con una ragazza diciassettenne consenziente, il medesimo non può fotografare detta minore in pose pornografiche e poi detenere tale materiale poiché incorrerebbe, presumibilmente, nelle sanzioni previste dal delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p.<sup>47</sup>. Allo stesso modo, mentre due fidanzatini minorenni, ultraquattordicenni, possono liberamente avere rapporti sessuali<sup>48</sup>, i medesimi non possono fotografarsi in pose pornografiche perché le attuali disposizioni si presterebbero a sanzionare anche tali condotte.

La possibilità di escludere chiaramente l'incriminazione in queste ipotesi di "pornografia intima", senza dover ricorrere a complesse e pericolose forzature ermeneutiche, ci sarebbe stata, attraverso la previsione di alcune cause di non punibilità proposte durante i lavori preparatori della legge n. 38/2006<sup>49</sup> e suggerite dalle stesse normative europee da cui il nostro

<sup>43</sup> V. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. Fiandaca e G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 93 ss. Ricordiamo che la teoria del *Paternalism* giustifica, nella sua versione "forte" (*hard paternalism*), l'incriminazione delle scelte auto-dannose e volontarie, siano esse autoprodotte (cd. paternalismo diretto), siano esse eseguite da una seconda persona con il consenso del soggetto che subisce il danno (cd. paternalismo indiretto), mentre nella sua versione "debole" (*soft paternalism*) ammette gli interventi paternalistici solo se le condotte auto-dannose non sono volontarie, o il consenso non è volontario.

<sup>44</sup> Cfr. anche la posizione di A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 6.

<sup>45</sup> A nostro avviso, anche qualora dovesse ritenersi opportuno l'intervento paternalistico a favore del minore (sia "autore" che "vittima") che realizza immagini intime da condividere in un rapporto privato, e ciò per evitare il pericolo futuro della circolazione delle immagini, l'intervento dovrebbe riguardare entrambe le categorie (immagini auto-prodotte e immagini realizzate con il consenso del protagonista) e, comunque, senza ricorrere alla sanzione penale ma riflettendo sull'opportunità di applicare "misure educative" (per la descrizione di una disciplina simile prevista in alcuni Stati americani, cfr., fra gli altri, J.K. CORNWELL, *Sexting: 21st-Century Statutory Rape*, in *S.M.U. Law Review*, 2013, 135 ss.). Per un'analisi generale sulle "misure educative" implementate in alcuni paesi europei e per interessanti proposte *de iure condendo* nel sistema italiano cfr. S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005; per una recente indagine che mostra una riscoperta delle "misure amministrative" previste dagli artt. 25 e 25-*bis* del R.D.L. n. 1404/1934, v. AA.VV., *Giovani irregolari tra marginalità e devianza*, in *Quaderni della difesa civica*, n. 6, 2010.

<sup>46</sup> Feinberg annoverava la minore età fra i fattori capaci di escludere la volontarietà della scelta o la validità del consenso. In questo caso giustamente l'ordinamento interviene paternalisticamente per proteggere chi non gode di piena autonomia personale. Tuttavia, lo stesso Feinberg riteneva corretto distinguere l'età del consenso sulla base delle diverse attività (J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3, *Harm to Self*, Oxford, 1986, 325 ss.).

<sup>47</sup> L'analisi giurisprudenziale ci dimostra come nelle ipotesi di pornografia prodotta artigianalmente dallo stesso detentore per uso esclusivamente privato, sia stata considerata la configurabilità, in alcune pronunce, del delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p., e non del più grave reato di produzione di pornografia minorile (art. 600-*ter*, comma 1, c.p.) per assenza del pericolo concreto di diffusione del materiale (v. Cass. pen., sez. III, 19.7.2012, n. 40847; Cass. pen., sez. III, 2.2.2011, n. 11997; Cass. pen., sez. III, 28.10.2010, n. 43414). È vero che la clausola di riserva espressa, contenuta nell'art. 600-*quater* c.p., escluderebbe la configurabilità del reato in capo al detentore che abbia anche prodotto il materiale, a favore del più grave delitto di cui all'art. 600-*ter*, comma 1, c.p., e quindi la detenzione sarebbe un *post factum* non punibile. Tuttavia, chi scrive ritiene, sulla linea della giurisprudenza citata, che qualora la condotta di "realizzazione-detenzione" di pornografia minorile non soddisfi la tipicità richiesta dal delitto di "produzione di pornografia minorile", per assenza del pericolo concreto di diffusione, possa sussistere, ove siano integrati gli estremi, il "delitto di detenzione di pornografia minorile" (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"). 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", v. L. PICOTTI, *La legge contro la sfruttamento sessuale dei minori*, cit., 1069.

<sup>48</sup> In caso di rapporti sessuali fra minorenni, l'art. 609-*quater* c.p. anticipa l'acquisizione della libertà sessuale ai tredici anni quando la differenza fra i due soggetti non supera i tre anni.

<sup>49</sup> V. D.d.l. n. 4599, 13 gennaio 2004, art. 600-*quater*.3 (e successive modifiche); Ddl n. 3503, 20 giugno 2005, art. 600-*quater*.2.

legislatore ha tratto ispirazione<sup>50</sup>.

Tuttavia, queste “eccezioni d’impunità” che miravano, come esplicitamente dichiarato dal Ministro proponente, ad evitare la sanzionabilità di “ragazzate” prive di qualsivoglia rilievo sotto il profilo penalistico<sup>51</sup>, furono espunte dal testo definitivo della norma in seguito a numerose obiezioni diversamente fondate: alcune di stampo puramente moralistico<sup>52</sup>, altre di natura giuridica, in particolare sull’illegittimità del consenso prestato dal soggetto minore<sup>53</sup>, altre ancora sul timore delle conseguenze nefaste che possono derivare dal possesso di tale materiale “privato”, qualora esso diventi strumento di ricatto o minaccia di potenziale diffusione<sup>54</sup>.

Quest’ultima replica è sicuramente quella più pertinente. Il *distinguo* fra il rapporto sessuale “virtuale” e quello “reale” può ravvisarsi nelle conseguenze delle due condotte. Mentre gli effetti di un rapporto sessuale “reale” consensuale si esauriscono con la consumazione del rapporto carnale e restano nell’intimità e nella memoria dei soli soggetti coinvolti, la registrazione del medesimo atto (o anche di una fotografia erotica) su un supporto fotografico o videografico può materialmente essere messo in circolazione, fuoriuscendo per sempre dal controllo dei protagonisti. L’immagine può divenire motivo di offese e umiliazioni, può entrare a far parte del circuito pedofilo, ponendo effettivamente in pericolo il corretto ed equilibrato sviluppo psico-fisico dei minori coinvolti, quantomeno sotto l’aspetto dell’“onorabilità sessuale”<sup>55</sup>. Seguendo questa prospettiva, possiamo affermare che le conseguenze della registrazione della sessualità del minore, o meglio la potenzialità diffusiva dell’immagine, sostanzialmente determina la sua criminogenicità<sup>56</sup>.

Ecco, allora, che si punirebbe la produzione privata per prevenire la successiva eventuale diffusione dell’immagine. Un’anticipazione della tutela penale comprensibile quando si parla di minori da proteggere, meno comprensibile se si tratta di minori da punire. Non a caso le cause di non punibilità proposte nei lavori preparatori, in alcune formulazioni, erano poste a beneficio proprio dell’autore minore.

Inoltre, l’equiparazione indiscriminata della tutela agli infradiciottenni impedisce di distinguere e graduare l’intervento in considerazione del diverso disvalore di fatti diversi. Si pensi al caso in cui un soggetto circuisca un bambino e lo aduli a tal punto da farlo posare in atteggiamenti pornografici al fine di appagare i propri perversi istinti sessuali e al caso in cui un giovane ragazzo, con la collaborazione della fidanzata ultraquattordicenne, fotografi quest’ultima in pose osé per un comune scopo ricreativo: il reato sarebbe il medesimo.

In assenza delle cause di non punibilità, l’unico modo per evitare queste incongruenze e disuguaglianze sarebbe quello di valorizzare, per la condotta di “produzione privata”, il consenso libero, consapevole, non condizionato, dell’ultraquattordicenne nell’ambito dell’interpreta-

<sup>50</sup> V. Decisione quadro n. 2004/68/GAI, art. 3.2 (lettera b). La Decisione quadro è stata successivamente sostituita dalla Direttiva n. 2011/93/UE che ha riproposto le “cause di non punibilità” all’art. 8, rubricato “atti sessuali consensuali”, (v., in particolare, par. 3). La Direttiva ha anche spiegato, nel Considerando n. 20, le motivazioni a fondamento di tale opzione, ossia la volontà di non pronunciarsi e quindi di “non disciplinare le politiche degli Stati membri in ordine agli atti sessuali consensuali che possono compiere i minori e che possono essere considerati come la normale scoperta della sessualità legata allo sviluppo della persona, tenendo conto delle diverse tradizioni culturali e giuridiche e delle nuove forme con cui bambini e adolescenti stabiliscono e mantengono rapporti tra di loro, anche a mezzo di tecnologie dell’informazione e della comunicazione (*omissis*)”. V. anche Convenzione di Lanzarote, art. 20 (punto 3).

<sup>51</sup> Commissione Giustizia e Commissione speciale in materia di infanzia e di minori (Riunite), mercoledì 16 novembre 2005 (16° seduta).

<sup>52</sup> V. Commissione Giustizia e Commissione speciale in materia di infanzia e di minori (Riunite), mercoledì 5 ottobre 2015 (14° seduta), Senatore Mugnai.

<sup>53</sup> Commissione Giustizia e Commissione speciale in materia di infanzia e di minori (Riunite), mercoledì 16 novembre 2005 (16° seduta), Senatore Gubetti.

<sup>54</sup> Commissione Giustizia e Commissione speciale in materia di infanzia e di minori (Riunite), mercoledì 5 ottobre 2015 (14° seduta), Presidente Bucciero.

<sup>55</sup> Su questa nozione, quale declinazione specifica del bene giuridico “sviluppo psico-fisico” v. S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro l’onore e la libertà individuale*, Milano, 406, ss. Sulla distinzione fra pornografia minorile ricreazionale e gli atti sessuali fra minori v. anche A. CADOPPI, *Commento pre-art. 600-bis*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 63, nota 53.

<sup>56</sup> La dottrina che, fino ad ora, si è occupata più approfonditamente del tema, propende per la necessità di sanzionare anche la produzione di pedo-pornografia nell’ambito del *sexting*, sulla base di tre motivazioni principali: 1) necessità di contrastare la cultura della pornografia minorile, quale espressione anche di una crisi di valori; 2) opportunità di proteggere paternalisticamente il minore ritratto dall’eventuale distribuzione della sua immagine sessuale (la pedo-pornografia è in sé “materiale pericoloso”), 3) impedire che il materiale entri nel circuito pedofilo e possa essere utilizzato per adescare altri minori. Tale dottrina individua il *distinguo* fra pedo-pornografia e atti sessuali consensuali anche in una distinzione di valori fra i due comportamenti, “identificando, da un lato, un valore esistenziale, affettivo ed esperienziale positivo ed armonico nel compimento di atti sessuali consensuali da parte dell’infratquattordicenne, tale da giustificare un’eccezione alla regola generale della mancanza di validità del consenso del minore, negando però, d’altro lato, che questo valore si possa dare anche nella produzione e fruizione di materiale pedopornografico: nella crisi fredda di narcisismo e voyeurismo che questo implica, infatti, il sostituto pornografico dell’eros si pone come radicalmente “altro” rispetto all’esperienza erotico-sessuale diretta” (A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 12; cfr., inoltre, A. VERZA, *La lettera scarlatta*, cit., 157 ss.).



zione della nozione di “utilizzazione”, così come hanno proposto le due sentenze di merito citate<sup>57</sup>.

Questi sforzi ermeneutici, tuttavia, risolvono il problema della disciplina del *sexting* nell'ambito dei delitti di pedo-pornografia solo in parte. Se da un lato contribuiscono a costruire maggiore coerenza sistematica, a scongiurare violazioni del principio di uguaglianza, proporzionalità e del diritto alla riservatezza nelle relazioni consensuali private fra soggetti che godono di libertà sessuale, dall'altro affrontano solo la prima fase della condotta di *sexting*, comportamento che, invece, spesso degenera nell'invio non consentito delle immagini a terzi. E qui, come vedremo, anche le interpretazioni più coraggiose, per quanto apprezzabili, rischiano di andare troppo oltre e, comunque, di non risolvere il problema.

## 5. Il commercio, distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta, cessione delle immagini di *sexting*. Come interpretare il rinvio al “materiale di cui al primo comma”?

A fronte della tutela della libera espressione della sessualità dei minorenni si pone, dall'altro lato, la necessità di intervenire qualora la decisione libera di realizzare immagini intime da condividere nell'ambito di un rapporto privato sia violata e le stesse siano poste in circolazione.

A questo punto occorre ragionare sulla riconducibilità delle condotte di “diffusione”, “pubblicizzazione”, “divulgazione”, “cessione”, ecc., di materiale pornografico minorile (art. 600-ter, comma 2 e ss, c.p.) a queste ipotesi di cd. “*sexting* secondario”.

Come correttamente evidenziato dalla decisione che si commenta, la punibilità di tutte le condotte elencate nei commi 2 e seguenti dell'art. 600-ter c.p. (e quindi anche la “cessione”, condotta oggetto di giudizio) è subordinata alla circostanza che l'oggetto materiale del reato sia il “materiale pornografico di cui al primo comma” della norma, rinviando così, direttamente, alla presupposta utilizzazione “a monte” del minore. “Utilizzazione”, tuttavia, assente, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte, nel caso di materiale “autoprodotto”, e assente, seguendo l'interpretazione “estensiva” che valorizza il consenso, quando le immagini sono state realizzate con l'accordo del minore ultraquattordicenne nell'ambito di una relazione privata.

A questo punto si possono prospettare tre opzioni interpretative.

La prima, quella scelta dai giudici di legittimità nel caso in commento, è quella maggiormente rispettosa del dato letterale. Stante il rinvio contenuto nei commi 2 e seguenti dell'art. 600-ter c.p. al “materiale pornografico di cui al comma 1”, l'oggetto materiale di tutte le fattispecie descritte dalla norma deve necessariamente essere stato realizzato “utilizzando” un minore di anni diciotto. Di conseguenza, non possono ritenersi configurate le condotte di divulgazione, diffusione, cessione, ecc., se non hanno ad oggetto materiale che è stato prodotto attraverso l'utilizzo strumentale di un minore, che, secondo la Corte, difetterebbe nel caso di opere autoprodotte. Interpretazione, questa, coerente e rigorosa. Come abbiamo già avuto modo di chiarire, tuttavia, la scelta di non affrontare il nodo del consenso del minore rappresentato potrebbe condurre a risultati discutibili: se non sussiste “utilizzazione” solo nel materiale auto-prodotto, *a fortiori*, in caso di cessione di materiale realizzato *ab origine* da altri con il consenso del minore ritratto, il reato dovrebbe dirsi integrato. Si perverrebbe all'opposta conclusione se si equiparasse il materiale autoprodotta al materiale realizzato con il consenso (ovviamente condizionato come *supra* descritto) del protagonista.

Seconda opzione. Si potrebbe affermare che il minore, pur non essendo stato utilizzato nella fase di produzione, sia “implicitamente” strumentalizzato successivamente, nella fase della cessione o diffusione. In altre parole, l'agente non ha utilizzato il/la minore quando ha ricevuto il *selfie* (o quando ha creato l'immagine o il video con il consenso del protagonista) ma l'ha utilizzato/a (ossia trattato come uno strumento, una merce) nel momento in cui ha messo in circolazione il materiale<sup>58</sup>. Riemergerebbe, pertanto, quella tipicità, originariamente esclusa per la condotta iniziale, ma sotto le vesti della diffusione, cessione, ecc. di materiale porno-

<sup>57</sup> In quest'ambito sarebbe opportuno un coordinamento con la normativa civilistica a tutela dell'immagine del minore.

<sup>58</sup> Come illustreremo più ampiamente nel prosieguo, il *sexting* determina, rispetto alla produzione “tradizionale” di pedo-pornografia, un'inversione della strumentalizzazione del minore, che si sposta dal momento della produzione al momento della diffusione. Sullo spostamento dell'offesa dal momento della produzione a quello della diffusione cfr. A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 6.



grafico. Tuttavia, questa ricostruzione, non solo forza la lettera della norma relativamente alla condotta, ma pone alcuni dubbi anche in ordine all'elemento soggettivo del reato, che, stante il rimando alla definizione offerta al primo comma della norma, implica che la presupposta utilizzazione del minore rientri anche nell'oggetto del dolo<sup>59</sup>: il soggetto, in sostanza, deve voler diffondere materiale che è stato prodotto attraverso l'utilizzazione del minore. In verità, questa consapevolezza, già molto sfumata in tutti i casi di diffusione di materiale pornografico in cui l'agente non ha avuto alcun contatto con il produttore originario, ma che potrebbe tuttavia riconoscersi nella forma del "dolo eventuale", si traduce, nei casi oggetto di *sexting*, nella consapevolezza diametralmente opposta, ossia nella volontà di diffondere immagini che si è sicuri che siano state realizzate senza l'utilizzo del minore ritratto, anzi, dallo stesso prodotte e inviate all'imputato, o, secondo l'interpretazione più estensiva, realizzate con il consenso del minore.

Terza opzione. Seguendo la strada percorsa dalla sentenza del Tribunale di Firenze, si potrebbe proporre una "scissione" fra il primo comma dell'art. 600-*ter* c.p. e le condotte disciplinate dai commi successivi, ignorando, per così dire, l'esplicito rimando al "materiale di cui al primo comma" indicato in queste ultime e riconoscendone, dunque, l'applicabilità indipendentemente dalla presupposta utilizzazione del minore. Notiamo come il giudice, nella motivazione, abbia dichiarato 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 sulla tipicità delle condotte che assumono significato criminoso in sé, senza indagare sull'"origine" dell'immagine, ossia senza interrogarsi su come sia stata realizzata, se vi era il consenso del minore, se si trattava di un contesto sentimentale o meno<sup>60</sup>. Questa scelta interpretativa può ritenersi conforme alla *ratio* della normativa interpretata in senso ampio, ossia la necessità di garantire una tutela "onnicomprensiva" del minore attraverso l'incriminazione di qualsiasi condotta connessa ad immagini pedo-pornografiche<sup>61</sup>. È logica, poiché le condotte disciplinate dal secondo comma (e seguenti) dell'art. 600-*ter* c.p. sono, temporalmente e materialmente, lontane dal primo fatto di utilizzazione. Rappresenta, inoltre, una soluzione pragmatica, poiché semplifica significativamente l'accertamento in giudizio ed evita che restino impuniti casi che meritano una risposta dell'ordinamento, timore, quest'ultimo, che è stato esplicitamente manifestato dal Procuratore generale nel ricorso per Cassazione che ha condotto alla decisione che qui si commenta. Infine, trattasi dell'interpretazione tacitamente adottata in tutti i casi di commercio e diffusione di materiale pornografico in cui l'imputato rappresenta solo un anello della catena del mercato pedofilo, distante dal produttore originario del materiale, ignorante della provenienza dello stesso, sebbene accetti il rischio che esso sia stato prodotto attraverso l'utilizzazione del minore raffigurato.

Un'interpretazione logica si scontra, tuttavia, con il dato letterale di una norma che pare formulata nel suo insieme in modo da indicare un sistema circolare delle incriminazioni<sup>62</sup>.

Ultima annotazione: il legislatore, se avesse voluto, avrebbe potuto approntare una soluzione per evitare che il rinvio alla presupposta "utilizzazione del minore" delimitasse l'oggetto delle condotte, in occasione della Novella n. 172/2012, in cui è stata inserita, al VII comma dell'art. 600-*ter*, la definizione di pornografia minorile. Si può notare come la definizione non accenni in alcun modo all'utilizzazione del minore. Sarebbe stato, quindi, sufficiente sostituire alla locuzione "materiale di cui al primo comma", presente in tutte le sotto-fattispecie, il rinvio al "materiale di cui al settimo comma".

<sup>59</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Commento all'art. 600-ter, III comma, c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 206.

<sup>60</sup> Tribunale ordinario di Firenze, Ufficio GIP, 10.2.2015, n.163, *cit.*, 20.

<sup>61</sup> V. L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, *cit.*, 1291 ss.

<sup>62</sup> La decisione della Corte di Cassazione che si commenta sembra, infatti, aderire a quell'orientamento dottrinale che, commentando il delitto di "commercio di pornografia minorile" (nella versione precedente la riforma del 2006), ravvisava nel "rinvio al materiale di cui al primo comma" un necessario collegamento con la condotta di "produzione", quasi ad indicare episodi concatenati. La medesima letteratura rilevava, tuttavia, come la sostituzione del termine originario "sfruttamento" con quello di "utilizzazione" comportava un allentamento dello stretto collegamento fra le fattispecie, soprattutto qualora si fosse voluto attribuire al verbo "utilizzare" un significato neutro, quale il semplice "impiego" di un minore (v. A. CADOPPI, *Commento all'art. 600-ter I e II comma c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, *cit.*, 165-167). Crediamo che il ruolo dell'esplicito rinvio al primo comma dipenda dal significato che si vuole conferire al termine "utilizzazione": se lo si intende come una strumentalizzazione, reificazione del minore, allora resta intatto quel forte disvalore della condotta di produzione che permea tutte le fattispecie successive; laddove gli si conferisca il significato di semplice "impiego", allora tale termine non arricchisce più di tanto il significato delle fattispecie successive e non ne condiziona la sussistenza.

Così facendo, forse, nei casi di *sexting*, dubbi, forzature ermeneutiche ed incertezza giuridica si sarebbero potute evitare. Probabilmente, tuttavia, non sarebbe stata la soluzione più corretta, ma un pericoloso compromesso per disciplinare un nuovo fenomeno attraverso norme già presenti ma introdotte per combattere fatti criminosi completamente diversi in termini di disvalore, offensività e tipologia di soggetti coinvolti.

## 6.

### Conclusioni.

La sentenza in commento ha sicuramente il pregio di dimostrare come la normativa attuale male si attagli ai casi di *sexting*. Per non cadere in un'inammissibile analogia in *malam partem* i giudici di legittimità hanno deciso di confermare l'esclusione del reato in capo a tutti i ricorrenti, accettando il rischio di creare un vuoto di tutela per ipotesi simili a quella sottoposta al loro esame.

L'interprete, anche provando a ricorrere ai delitti di pedo-pornografia per disciplinare i casi di *sexting*, attraverso un'analisi della lettera delle norme che permetta, da un lato, di escludere l'intervento penale in ipotesi che esulano dalla *ratio* incriminatrice e, dall'altro, di perseguire comportamenti che meritano una punizione, si accorge, ad un certo punto, che la sua faticosa costruzione ermeneutica inevitabilmente crolla.

Il materiale intimo che si scambiano gli adolescenti per gioco, per superficialità, per vendetta, effettivamente integra la definizione di pornografia minorile, ma sono i presupposti, le condotte, le relazioni che legano i soggetti coinvolti, gli strumenti utilizzati, i motivi dell'agire, l'offesa arrecata, ad essere diversi rispetto a quelli che il legislatore aveva in mente quando, vent'anni fa, ha introdotto i delitti di pedo-pornografia. La Legge n. 269/1998 colmava un vuoto, approntando degli strumenti efficaci per combattere il truce mercato della sessualità infantile ad opera dei pedofili. Il bene giuridico che si voleva tutelare era lo sviluppo psico-fisico dei minori, posto in pericolo dalla subdola mercificazione della sessualità minorile realizzata con gli strumenti che esistevano in quel tempo.

Da allora i mezzi di comunicazione si sono evoluti, la tecnologia informatica è divenuta protagonista della vita quotidiana della grande maggioranza degli individui, in particolare delle giovani generazioni. I cellulari e i computer, sempre più facili da utilizzare, d'intuitiva comprensione, economicamente sempre più vantaggiosi, sono diventati accessibili a chiunque, e in maniera sempre più pervasiva condizionano le modalità di comunicare, di conoscere, di relazionarsi. Proprio in questo ventennio sono cresciuti in Italia i cd. "nativi digitali", giovani che vedono nella tecnologia una parte naturale della loro vita.

Era questo un mondo sconosciuto al legislatore del 1998.

E anche nel 2006, quando il legislatore ha avuto l'occasione di emendare le norme sulla pedo-pornografia, il fenomeno del *sexting*, termine coniato dalla stampa britannica nel 2005, era nel nostro Paese solo all'inizio del suo sviluppo.

Adesso il problema è sotto i riflettori della stampa, ha attratto l'attenzione degli psicologi e ha richiesto l'intervento della giurisprudenza.

È evidente che le norme sulla pedo-pornografia, così come sono formulate oggi, non riescono a disciplinare questi fatti, e ciò per una serie di motivi: l'assenza di cause di non punibilità comporta la potenziale applicabilità di tali delitti alle condotte di adolescenti che esprimono in privato la propria libertà sessuale; il presupposto dell'"utilizzo" era un correttivo all'originaria nozione di "sfruttamento" e, per quanto abbia una connotazione più ampia, implica comunque una strumentalizzazione della vittima, elemento che inevitabilmente imbriglia l'interprete; dalla struttura dei delitti di pedo-pornografia e dalla cornice sanzionatoria si evince che il massimo disvalore è attribuito alla "produzione" del materiale, perché è in questa fase che l'autore entra in contatto con il minore ed è qui che il bene giuridico viene posto maggiormente in pericolo. Diversamente avviene nelle condotte che si ineriscono nel *sexting*, dove tendenzialmente la creazione del materiale è volontaria, mentre è attraverso la diffusione delle immagini che si può arrecare l'offesa<sup>63</sup>.

Ricondurre i casi di *sexting* nell'ambito dei delitti di pornografia minorile rischia di portare a decisioni irragionevoli, in contrasto con il principio di uguaglianza e di proporzionalità. La mol-

<sup>63</sup> Cfr. su questo punto anche A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 6.

tepicità di contesti, relazioni, modalità con cui si realizzano questi comportamenti<sup>64</sup> fuoriesce dalle previsioni di tali norme.

La rigida e corretta interpretazione della Cassazione può condurre a conseguenze, a nostro avviso, inammissibilmente discriminatorie, che di seguito cerchiamo di illustrare. Innanzitutto, non verrebbe punito il soggetto che cede materiale ricevuto da un'amica che ritrae quest'ultima in pose intime e che la stessa ha prodotto, mentre verrebbe punito il medesimo soggetto se cede immagini che lui stesso ha realizzato con il consenso della minore ritratta, o il soggetto che cede immagini ricevute da una minore non auto-prodotte. Dov'è qui il *discrimen*? In chi preme il pulsante della fotocamera del cellulare? Ancora, verrebbero equiparate situazioni eterogenee, sia in termini di disvalore che di offensività. Pensiamo al caso oggetto del giudizio della Suprema Corte, in cui la minore ha inviato la sua fotografia a più persone: quale aspettativa di *privacy* può ragionevolmente aspettarsi la vittima? Diverso sarebbe il caso di un "rapporto a due", in cui il materiale pornografico autoprodotta viene condiviso nell'ambito di una relazione sentimentale. È evidente che il soggetto rappresentato in questi casi abbia delle fondate aspettative di riservatezza, che verrebbero tradite se l'unico e privilegiato destinatario dell'immagine la inviasse successivamente a terzi. Applicando alla lettera le norme sulla pedo-pornografia, in entrambi i casi il cedente non sarebbe punito perché il materiale è autoprodotta!

È apprezzabile il rigore mostrato dai giudici di legittimità nell'escludere l'applicabilità del delitto di cessione di pornografia minorile, così come è apprezzabile l'articolata argomentazione fornita dal tribunale di Firenze per giustificare la condanna in un'ipotesi che meritava una risposta sanzionatoria. Nessuna di queste interpretazioni tuttavia è risolutiva. Esse dimostrano gli sforzi, rischiosi, di una giurisprudenza che non ha a disposizione gli strumenti adeguati e proporzionati per disciplinare questo nuovo fenomeno.

Oltre alle norme sulla pedo-pornografia, quali potrebbero essere le soluzioni normative disponibili per tutelare il minore in questi casi? Ovvero, meglio ancora, quali risposte prevede l'ordinamento per proteggere la vittima, sia essa minore o maggiorenne? Il fenomeno del *sexting*, infatti, coinvolge anche gli adulti, le giovani coppie. Come ha giustamente rilevato la dottrina che ha commentato la sentenza del Tribunale di Firenze, se il fatto oggetto della decisione fosse avvenuto solo due mesi più tardi, la vittima diciottenne non avrebbe potuto beneficiare delle norme sulla pedo-pornografia<sup>65</sup>.

Una disposizione, relativamente recente, a cui la giurisprudenza ha fatto ricorso in casi simili, è quella che punisce gli "atti persecutori" (cd. *stalking*)<sup>66</sup>. Tuttavia, il delitto prevede, per la tipicità della condotta, degli elementi ulteriori (minacce o delle molestie reiterate) che difficilmente ricorrono nei casi di *sexting* tradizionale.

Un'altra opzione potrebbe rinvenirsi nel delitto di diffamazione, adottato in alcuni casi di *sexting* in concorso con il delitto di cui all'art. 600-ter c.p.<sup>67</sup>. Crediamo, però, che il contesto spaziale e relazionale in cui l'immagine è stata creata, nonché il consenso manifestato *ab origine* dal soggetto ritratto, debbano sollecitare l'interprete a ritracciare, nel comportamento di colui che, scelto come depositario dell'immagine privata, la renda successivamente pubblica, un disvalore e un'offensività differente da quello che connota le condotte diffamatorie, o che può comunque con esso concorrere. L'aggressione non si rivolge solo all'onore e alla reputazione dell'individuo, ma ancor prima a quell'insieme di valori che fanno capo all'affidamento che il soggetto ha riposto nell'agente, e che sono da rinvenire nella riservatezza, nell'intimità, nella fiducia prestata.

Potrebbe, dunque, soccorrere il delitto d'illecito trattamento dei dati personali (art. 167 del Testo sulla *Privacy*), che si pone appunto a presidio della riservatezza violata<sup>68</sup>. Tuttavia non sembra quest'ultima l'opzione più idonea per affrontare la problematica del *sexting* nella sua specificità. La norma non effettua un *discrimen* relativamente all'immagine che rappresenta

<sup>64</sup> V. M.G. LEARY, *Sexting or Self-produced child pornography? The Dialogue Continues – Structured Prosecutorial Discretion Within a Multidisciplinary Response*, in *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 2010, 506 ss.

<sup>65</sup> A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 16.

<sup>66</sup> V. Cass. pen., sez. VI, 16.7.2010, n. 32404, secondo cui: "Integra l'elemento materiale del delitto di atti persecutori il reiterato invio alla persona offesa di "sms" e di messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti "social network" (ad esempio "facebook"), nonché la divulgazione attraverso questi ultimi di filmati ritraenti rapporti sessuali intrattenuti dall'autore del reato con la medesima".

<sup>67</sup> V. Cass. pen., sez. III, 21.11.2012, n. 47239; cfr., inoltre, C. Appello Perugia, Sez. Minori, 27 agosto 2004, con nota di V. BASIRICÒ, *Ancora in tema di diffusione di CD Rom riprodotte amplessi sessuali tra minorenni consenzienti: una diversa lettura in sede di appello*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, fasc. 3, pp. 887-205.

<sup>68</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 10.9.2015, n. 40356.

l'intimità, la sessualità di un soggetto. Ancora, nessuna rilevanza è attribuita al rapporto che lega l'autore e la vittima (possono essere, indifferentemente, due sconosciuti, o due coniugi, o due minorenni), elemento che invece incide significativamente sulla tipologia del bene giuridico violato e sul danno arrecato. Infine, occorrerebbe distinguere l'ipotesi in cui il soggetto rappresentato sia minorenne o adulto, sia sotto il profilo delle diverse declinazioni che potrebbe assumere l'interesse protetto, sia sotto l'aspetto della graduazione della sanzione.

L'indagine comparatistica ci dimostra come le difficoltà che sta affrontando oggi la nostra giurisprudenza siano già state sperimentate all'estero, e abbiano convinto i legislatori di diversi ordinamenti extraeuropei (v. Stati Uniti e Australia<sup>69</sup>) e di alcuni paesi europei (v., per esempio, la Spagna<sup>70</sup>) ad intervenire, emendando le norme esistenti, o introducendo disposizioni *ad hoc*. Il fenomeno è oggetto di osservazione anche delle principali rappresentanze europee a tutela dei minori: si pensi che il Comitato di Lanzarote del Consiglio d'Europa, a maggio del 2015, ha programmato un gruppo di lavoro che si occuperà in particolare del *Sexting*<sup>71</sup>.

Non è facile assumere, in questo momento, delle posizioni assolute e definitive sulla disciplina del fenomeno. Occorrerebbe prima studiare e comprendere il substrato sociale, psicologico e criminologico in cui si collocano questi comportamenti.

Crediamo che l'individuazione di possibili soluzioni di intervento imporrà riflessioni molto ampie: sul bilanciamento fra tutela dei minori e rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (libertà sessuale, di espressione, diritto alla *privacy*) di cui sono titolari anche i soggetti minorenni; sul riconoscimento ed eventuale accettazione di questa nuova cultura dell'immagine, anche sessuale, e sulla sua comunicazione; sull'opportunità di reagire o meno ad una crisi valoriale, e, se sì, come; sui limiti e sulle funzioni del ruolo del diritto penale in questi ambiti; sul fondamentale valore della prevenzione e dell'intervento multidisciplinare, soprattutto quando si parla di minori.

<sup>69</sup> V. La letteratura americana è copiosa. V., *inter alia*, J.K. CORNWELL, *Sexting: 21st-Century Statutory Rape*, in *SMU Law Review*, 2013; J.H. McLAUGHLIN, *Exploring the first amendment rights of Teens in Relationship to sexting and censorship*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 45, 2012, 315 ss.; S. HANDLEY DUNCAN, *A Legal Response is necessary for Self-Produced Child Pornography: A Legislator's Checklist for drafting the Bill*, in *Oregon Law Review*, 2010-2011; M. LEVICK AND K. MOON, *Prosecuting sexting as child pornography: a critique*, in *Valparaiso University Law Review*, Vol. 44, 2010, 1035 ss.; per l'Australia cfr. T. CROFTS, M. LEE, *Sexting, Children and Child Pornography*, in *Sidney Law Review*, vol. 35, 2013, 85 ss. Per interessanti riflessioni sul rapporto fra il *sexting* e la libertà di espressione e il diritto alla *privacy* dei minori v. A.A., GILLESPIE, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 13:4, 2013, 623-643.

<sup>70</sup> Per un commento della nuova normativa v. J.A. RAMOS VAZQUEZ, *Grooming y Sexting: Artículo 183 ter c.p.*, in J. L. Gonzales Cussac (a cura di), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 621 ss.; A. COLAS TUREGANO, *Nuevas Conductas Contra la Intimidación (arts. 197; 197 bis; 197 ter)*, in J. L. Gonzales Cussac (a cura di), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, 663 ss.; Per approfondimenti dottrinali precedenti all'approvazione della Legge di riforma v. J.M. MARTINEZ OTERO, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, in *Nueva Época*, 2013; L. GARZIA PAZ, *Delitos Redes Sociales: Los Nuevos Atentados a la Intimidación, el Honor y la Integridad Moral. Especial referencia al "sexting"*, in *La Ley*, n. 105, 2013, 24 ss.; I. COMES RAGA, *La Protección Penal de la Intimidación a Traves de la Difusión Inconsentida de Sexting Ajeno*, in *La Ley*, n. 105, 2013, 14 ss.

<sup>71</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/News/WGSexting\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/News/WGSexting_en.asp)