

ORIENTAMENTI

DANIELA FALCINELLI

**L'età evolutiva del diritto penale.
Il valore dell'educazione, alla libertà
(negli scorci delle Sezioni Unite sulla
produzione di materiale pornografico)**

Lo "scivoloso" territorio della produzione di materiale pedopornografico torna di nuovo sotto l'"occhio" delle Sezioni unite nell'*exemplum* delle volontarie prestazioni sessuali del minore, che liberamente le sceglie. È l'occasione per sviluppare la tradizionale metafora penale dell'"occhio" e dello "specchio" seguendo una prospettiva riflessiva che guardi all'uso parallelo fattone in altri settori scientifici, ugualmente attenti agli spazi visuali della realtà umana, allargando la visione sui peculiari circuiti neurali attivati dall'immagine osservata, sulla relazione speculare tra identità ed alterità dell'individuo, infine sull'"unicità" dell'esperienza trasformativa dell'identità adolescenziale. Dentro questo campo, l'osservazione si dirige a ripensare all'esistenza del bene giuridico meritevole di tutela, superando le plurime suggestioni di una mentalità adulta costantemente proiettata verso la regolamentazione dei confini di liceità penale della libertà sessuale della generazione successiva. Il discorso giuridico svolto si trova infatti arricchito da metri ermeneutici capaci di mettere a fuoco un diritto del minore che va personalizzato in termini individualizzanti, consentendo di accettare che sia lo stesso parametro normativo a dover mutare prospettiva in ragione del mutamento del singolo individuo da tutelare.

The developmental age of criminal law. The value of education, to the freedom (in the glimpses of the United Sections on the production of pornographic material).

The "slippery" territory of the production of child pornography material returns again under the "eye" of the united Sections in the *example* of the voluntary sexual acts of the minor, who freely chooses them. It is an opportunity to develop the traditional penal metaphor of the "eye" and the "mirror" following a reflective perspective that looks at the parallel use made in other scientific sectors, equally attentive to the visual spaces of human reality, broadening the vision on the peculiar neural circuits activated by the observed image, on the specular relationship between identity and otherness of the individual, finally on the "uniqueness" of the transformative experience of adolescent identity. Within this field, observation aims at rethinking the existence of the legal good worthy of protection, overcoming the multiple suggestions of an adult mentality constantly projected towards the regulation of the criminal lawfulness boundaries of the sexual freedom of the next generation. The juridical discourse developed is in fact enriched by hermeneutic meters capable of focusing on a minor's right that must be personalized in individualizing terms, allowing to accept that it is the same normative parameter that must change perspective due to the change of the single individual to be protected.

SOMMARIO: 1. Lo specchio e l'occhio, *arnesi* per una *riflessione* sulla pedopornografia. - 2. Lo sguardo penale verso il passato: "ciò che è stato" della sessualità del minore. - 3. Due suggestioni visive del presente, e la sovrapposizione di libertà sessuali diverse. - 4. Le percezioni penali del consenso alle immagini pedopornografiche: il futuro nel dialogo giudiziario contemporaneo. - 5. La grammatica penale del consenso della vittima (minore). - 6. Visualizzare l'identità del minore, e capire lui chi è. - 7. Il diritto personale (del minore) di educarsi alla libertà. Con il mezzo della sessualità. - 8. La prospettiva temporale nell'adolescenza, in premessa al "tempo" del delitto pornografico. 9. Cultura visuale e *socialità del*

futuro dentro l'immagine individuale. -10. Guardare "il" minore oltre lo specchio, e vedere le sue *possibili*, libere, identità.

1. *Lo specchio e l'occhio*, arnesi per una riflessione sulla pedopornografia. Spesso, implicitamente, il penalista utilizza nelle sue riflessioni la metafora dell'"occhio" e dello "specchio", per intendere ora il ruolo del giurista ora l'oggetto del suo studio. L'uno è l'interprete, che osserva tanto l'alfabeto del diritto quanto i dettagli della vicenda umana sotto l'obiettivo della sua valutazione, *occhio* di regole e di principi, *occhio* di fattispecie; l'altro è lo *ius*, che "dà corpo" a quei principi e a quelle regole rendendosi *specchio*, nella delimitazione della fattispecie, della realtà di un consesso sociale che vive, e vivendo si trasforma. È una metafora tradizionale, rivelatrice di come l'esegesi giudiziaria, per lungo tempo, si sia posta ad osservare la società in modo "illuministico", con l'occhio della mente, della logica scientifica della disciplina, lasciandosi con ciò incompleta, priva dell'uso di quegli strumenti ermeneutici che potessero restituire la ricca complessità degli accadimenti umani, fino a perdere completamente il nocciolo visivo del fatto, sia nella sua forma che nel suo contenuto. Fino a contraddire quel principio di "realtà" che guida silenziosamente la legge, le dottrine e la giurisprudenza di settore a non manipolare le categorie dell'umano, prelevandone piuttosto porzioni, e limitandosi a qualificarle¹.

Ed è una metafora che, di questi tempi, suscita un rinnovato interesse, perché fondamentalmente "contraddittoria": dimostra come l'occhio tradizionale del giurista sia per lo più cieco, senza visuale, costretto a leggere una società di immagini complesse attraverso la linearità alfabetica delle parole. La psicologia ci dice, infatti, che quasi l'80% delle informazioni quotidianamente assorbite da ciascun uomo deriva dal senso della vista anziché dagli altri, e questo con un impatto non indifferente sui comuni modelli concettuali di lettura della realtà che ci circonda, come suggeriva, già anni fa, Marshall McLuhan².

È metafora ancor più interessante se si guarda all'uso parallelo che se ne fa in altre branche scientifiche, altrettanto attente agli spazi visuali dell'occhio umano, ove lo specchio è carattere qualificante di peculiari circuiti neurali attivati dall'immagine visionata³; diventa chiave di ricerca sociologica per osservare la relazione speculare tra identità ed alterità dell'individuo⁴; viene assunto a sim-

¹ I riferimenti al principio di realtà nelle dinamiche penalistiche coprono una fascia di argomenti particolarmente vasta, dall'offensività alla colpevolezza, dalla determinatezza alla tipicità, dalla causalità all'elemento psicologico. Per citare alcune riflessioni in proposito, si rinvia ai contributi di BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, Milano, 2018, 75-115; PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 795-825; DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006.

² MCLUHAN, *Understanding Media: The Extensions of Man*, New York, 1964.

³ PINOTTI-SOMAINI, *Teorie dell'immagine. Il dibattito contemporaneo*, Milano, 2009, 332.

⁴ LEONE, *La relazione speculare tra identità e alterità: dialogo e riconoscimento tra rillessi e ombre*, in

bolo di sintesi, psicologico-pedagogica, dei riflessi e delle ombre che il dialogo ed il riconoscimento con gli altri producono nell'unicità dell'esperienza trasformativa dell'identità adolescenziale⁵.

In una prospettiva penale, la ricerca alimentata da questa metafora ha una proprietà riflessiva assimilabile: rifrange spunti di lettura su temi fondanti per la scienza del nuovo umanesimo penale, in cui proteggere l'uguaglianza costituzionale nella dimensione del pluralismo democratico⁶ significa plasmare diversi strumenti penali per garantire pari tutela a distinti valori umani di individualità, aprendo una strada di indagine capace di allargare lo sguardo. senza porsi il "vecchio, falso problema" del catalogo aperto - e non chiuso⁷ - dei diritti eletti ad essere inviolabili, e chiamare l'art. 2 Cost. ad introdurre un «principio espansivo, dotato di grande forza maieutica, nell'opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati»⁸. Una sorta di «fonte tipica di diritti atipici»⁹, che renda dinamico il patrimonio valoriale fondamentale «ma sempre entro le coordinate fissate dal testo»¹⁰. Né si tratta di "limitarsi" a prendere in considerazione l'inesorabile mutamento della soluzione esegetica in ragione del mutamento "generale" della realtà delle cose, e tra l'altro legittimare la qualificazione in chiave di sfruttamento della prostituzione della condotta di quanti lucrino dalle prestazioni sessuali rese a pagamento in rete¹¹. Si tratta, piuttosto, di svolgere un discorso giuridico arricchito da metri ermeneutici capaci di mettere a fuoco un diritto "certo"¹², che certo rimane pur se personalizzato in termini individualizzanti; di accettare che sia lo stesso parametro normativo a *dover mutare prospettiva* in ragione del mutamento dell'individuo da tutelare, e possa quindi integrare il reato di produzione di materiale pedopornografico la ripresa con il cellulare di un minore d'età intento a compiere o subire atti sessuali; ma possa ancora essere lecito quel fatto che nella realtà della divulgazione dell'immagine prodotta abbia la sua consumazione.

Riv. int. filosofia online, novembre 2012, n. 14, 1 ss. Cfr. CRESPI, *Identità e riconoscimento nella sociologia contemporanea*, Roma-Bari, 2004, 69-76.

⁵ V. PELLAI, *Costruzioni di identità e nuovi processi di socializzazione: le sfide evolutive dei nativi digitali*, in *Minorigiustizia*, 2018, n. 1, 68 ss.

⁶ Cfr. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 1003-1026.

⁷ Il più significativo contributo dottrinale in questo senso rimane ancor oggi quello di BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1975, 65 ss.

⁸ BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (1989), ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 61.

⁹ Mutuando quanto detto dell'art 2, comma 1, della Costituzione tedesca da ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), tr. it. Bologna 2012, 395.

¹⁰ LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, III, 1067.

¹¹ Cass., Sez. III, 9 aprile 2015, n. 17394, in *Mass. Uff.*, n. 263358.

¹² Cfr. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr. it., Roma, 1993, 187.

2. *Lo sguardo penale verso il passato: “ciò che è stato” della sessualità del minore.* Si utilizza come campo operativo esemplare proprio la nutrita serie di pronunce delle Sezioni unite sulla produzione di materiale pedopornografico, approfittando dell’occasione offerta dalla loro ultima incursione in un territorio particolarmente “scivoloso”, in cui la questione della criminalizzazione si pone con particolare difficoltà per le ipotesi delle prestazioni sessuali del minore volontarie e per libera scelta – in breve, *consentite* -, una fetta di casi reali che di questi tempi non pare poi così ristretta, e sulla quale si incentra il dibattito contemporaneo per comprendere se punire ed entro quali limiti, per ripensare davvero all’esistenza di un bene giuridico meritevole di tutela e se ci sia - e quale sia - il diritto individuale di libertà da ravvisare. La ricostruzione che se ne propone è con ciò estremamente essenziale, diretta fondamentalmente a contare le plurime *suggerzioni della mentalità*¹³ adulta costantemente proiettate sulla regolamentazione dei confini di liceità penale della libertà sessuale della generazione successiva¹⁴, cercando di tracciare punti di riferimento di sistema.

Con questo spirito, l’osservazione non s’attarda oltre, e va sul testo attualmente vigente dell’art. 600 *ter* c.p., consapevoli della sua premessa: la versione originaria del 1998 aveva scritto di «sfruttamento» del minore, e tanto era bastato a convincere la giurisprudenza di legittimità che tipica fosse solo la condotta finalizzata all’ottenimento di un guadagno. Ad imporlo v’era il sentore di una *palese* analogia terminologica con lo “sfruttamento” proprio del contesto fenomenologico della prostituzione di persone adulte, *stranamente* speso al proposito di un fatto – di gestione del proprio corpo – che invece, e altri-

¹³ Di stampo secondario (per influenze indirette) e terziario (per essere l’influenza derivante dal pensiero del gruppo sociale dominante) a stare alla classificazione di base propria della scienza psicologica, formulata da EYSENCK, *Dimensions of Personality*, Londra, 1947.

¹⁴ La scelta espositiva impone di riportare solo in nota l’appunto critico quanto ad una regolamentazione legislativa vigente che non perviene ad una compiuta e piena considerazione dello stesso quale suo attore, mettendone in primo piano, per quanto particolarmente concerne l’ambito penalistico, la configurazione di vittima del reato in ambito digitale. Con riferimento al primo aspetto, sul tema dell’intervenuta regolamentazione in materia ad opera del regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR) cfr. JASMONTAITE-DE HERT, *The EU, Children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet*, in *International Data Privacy Law*, 2015, n. 1, 22. Sul tema cfr. BYRNE-BURTON, *Children as Internet users: how can evidence better inform policy debate?*, in *Journal of Cyber Policy*, 2017, n. 1, 40; ROSANI, *We’re All in This Together’: Actors Cooperating in Enhancing Children’s Rights in the Digital Environment after the GDPR*, in A.A.V.V., *Data Protection and Privacy: Data protection and Democracy*, Oxford, 2020, 93 ss. Con riferimento al secondo dei profili rimarcati, per quanto concerne il quadro attuale del diritto penale minorile si rimanda a BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliari, I, Milano, 2009, III, t.1, 293; PALERMO FABRIS-PRESUTTI, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, Milano, 2019. Per una efficace sintesi dei diritti dei minori interessati dagli sviluppi tecnologici si rinvia a ROSANI, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d’età*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, 14 s.

menti, è di per sé lecito¹⁵; e comunque caratterizzante – cosa non meno “bizzarra” – pure la distinta figura incriminatrice del fatto di prostituzione minorile, separatamente inquadrata, *ex art. 600 bis c.p.*, esattamente sulla scorta della più puntuale tradizione ermeneutica sviluppatasi e consolidatasi sulla legge del 1958.

La sopravvenuta novella legislativa del 2006 avrebbe consentito di individuare più chiaramente la linea di discriminazione dell'area di penale rilevanza dell'attività di produzione di materiale pedo-pornografico in quella comportante l'“utilizzo del minore”, ma l'ambiente giurisprudenziale si era dimostrato ancor prima maturo ad accogliere il superamento dell'interpretazione restrittiva legata all'“uso” del minore con scopo di lucro. Nel campo visivo di quanti operano nella ricostruzione del sistema penale cadeva una consecuzione non insolita: erano stati ricreati i confini della figura incriminatrice nel passaggio dalla “mano” del legislatore alla “bocca” del giudice, *costretto* dal principio di realtà a vedere scritto ben altro dentro la fattispecie.

Correva infatti l'anno 2000, quando le Sezioni unite (con la sentenza del 31 maggio, n. 13) ritenevano punibile anche l'attività produttiva del materiale criminalizzato che fosse consapevolmente non profittevole, aggrappando in primo luogo l'“utilizzo” tipizzato alla creazione di una relazione di dominio impositivo sul minore, costretto o indotto a subire-eseguire l'altrui volontà, ed in secondo allacciando l'offesa alla tradizionale struttura del pericolo concreto. Si imponeva in breve la prova sintomatica della potenziale diffusività del materiale stesso a mezzo di appositi indizi comportamentali, quali «l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale atta a corrispondere alle esigenze di mercato dei pedofili, il collegamento dell'agente con soggetti pedofili potenziali destinatari del materiale pornografico, 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, l'utilizzo contemporaneo nel tempo o differito di più minori per la produzione di materiale pornografico [...] i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile, nonché gli altri indizi significativi suggeriti dall'esperienza».

La soluzione si dimostrava – agli occhi di chi scrive – un'elegante operazione giuridica di ringiovanimento assiologico rispetto ad una branca delittuosa proibizionista oramai ingombrante per la sua obsolescenza. Attraverso l'appiglio al principio costituzionale di offensività, si dava l'ennesima spallata

¹⁵ Per l'analisi ed il dibattito sul tema, nella dottrina italiana più recente in particolare CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014; DI NICOLA-BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015; PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015; PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018.

all'involuto bene giuridico lasciato sullo sfondo, quello della "morale pubblica e del buon costume" - da cui è poi stato gradualmente strappato pure il genere criminoso della prostituzione¹⁶ - ridefinendolo nella più accettabile foggia moderna dell'"intangibilità sessuale" del minore, commista alla sua (confinata) libertà di autodeterminazione sessuale, alla sua dignità e personalità individuale¹⁷, questa intesa in divenire e nel suo intero, composita di dimensione psico-fisica-morale e dimensione esteriore (relazionale-sociale)¹⁸.

Ma lo sguardo del giurista era destinato a vedere ben altra sovversione.

Le complesse esigenze di protezione di quella "pioggia" di beni giuridici, avrebbero difatti ben presto richiamato nuovamente l'attenzione delle Sezioni unite, strette tra due novità che rendevano incontestabile l'anacronismo del proprio precedente a riverbero dell'interazione di realtà tra innovazione normativa ed innovazione della comunicazione digitale. Al dubbio sulla persistente rilevanza del pericolo concreto di diffusione delle immagini, la pronuncia del 31 maggio 2018, n. 51815, toglieva ogni visibilità¹⁹. Se il requisito poteva, e doveva, guidare l'interprete diciotto anni prima, in un contesto tecnologico in cui la captazione dell'immagine non implicava necessariamente la successiva diffusione, il sopravvenuto impatto pervasivo dei moderni strumenti di comunicazione, ed, in particolare, l'uso quotidiano e costante, nei rapporti sociali e personali, di cellulari smartphone, tablet e computer con fotocamera incorporata connessi ad Internet, aveva nel frattempo reso estremamente facile, veloce, e con ciò anche frequente nelle relazioni sociali dei minori, la condivisione e diffusione di immagini e video ritraenti scene qualsiasi della vita privata, con la conseguenza che qualsiasi produzione di immagini o video era diventata già di per sé potenzialmente diffusiva²⁰.

¹⁶ In seno alla giurisprudenza di legittimità la "svolta" in questo senso è stata segnata da Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776, che ha introdotto una lettura delle fattispecie di settore nell'ottica costituzionalmente orientata della tutela della "dignità e la libertà della persona umana con particolare riguardo al libero esercizio del meretricio al fine di evitare lo sfruttamento della stessa o comunque il pericolo di una qualsiasi forma di speculazione". V. anche Cass., Sez. III, 22 settembre 2015, n. 49643.

¹⁷ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2019, 455 s.

¹⁸ V. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in Aa.Vv., *I reati contro la persona*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Papa, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Torino, 2006, 412; ID., *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore*, in Aa.Vv., *I delitti di pedopornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Bianchi-Delsignore, Padova, 2008, 36 s.; BIANCHI, *Art. 600 quater.1 c.p.*, in Aa.Vv., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006; CADOPPI, *Commento pre art. 600 bis (art. 1, l. 3.8.1998, n. 269)*, in Aa.Vv., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e delle leggi contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 63, 71; DI GIOVINE, *Art. 600 ter c.p.*, in Aa.Vv., *Codice penale*, a cura di Padovani, Minalo, 2007, 3609 s.

¹⁹ Per un commento alla sentenza si vedano PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*, in *Diritto di Internet*, 2019, 187-192; BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2019, 1.

²⁰ Seguendo le parole delle Sezioni unite, se agli inizi del nuovo millennio «la disponibilità materiale di

La digitalizzazione del mondo giovanile – e della sua sessualità – consentiva così di rilevare la scelta positiva di una tipicità che non parlava più al consociato di pericolo e tantomeno di pericolo concreto, e si volgeva a tutelare «l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale del minore» attraverso la configurazione di un reato di danno, in cui l'utilizzazione stessa del minore nella realizzazione del materiale pornografico rimaneva di per sé sufficiente a compromettere il bene giuridico tutelato²¹. L'equiparazione della "produzione" alla terminologia della "realizzazione" riecheggia del resto sia nel testo dell'art. 600-*quater* c.p. che nella lettera dell'art. 600-*quater*.1 c.p., dando ragione all'equilibrato distinguo lasciato scorrere tra le condotte incriminate in un'ottica di gravità decrescente, dalla produzione dannosa fino al pericolo della detenzione. Fuor di retorica, si inaugurava un'epoca interpretativa dissacrante, in cui, messa da parte la ricerca in concreto dell'offesa, v'era spazio per un "moderno" reato di *danno*, letto e legittimato attraverso una *presunzione di pericolo* recuperata da un passato oramai sbiadito dall'inchiostro costituzionale.

Fu allora che emerse un bisogno irrinunciabile: limitare l'espansione applicativa derivante dall'operato sradicamento dalla dimensione costituzionale del pericolo concreto ai casi di pornografia "domestica" compiuta da minorenni che avessero raggiunto l'età del consenso sessuale. La Corte ebbe, quantomeno, la pronta premura di attribuire maggiore rilevanza esegetica proprio al fattore dell'"utilizzazione" del minore, enfatizzandone la portata dispregiativa nel concetto di "sua strumentalizzazione", quale assunzione da parte del reo di una «posizione di supremazia [...] o per le modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno) o per il fine commerciale [...] o per l'età dei minori coinvolti, qualora questa sia inferiore a quella del consenso sessuale». L'invito era teso alla verifica delle condotte estranee al quadro criminoso per cadere entro *quel certo* «ambito 'dell'autonomia privata sessuale'» del soggetto passivo ritagliato tra la tutela dei suoi diritti di personalità e di privacy²², in quanto i materiali fossero stati realizzati unicamente ad uso privato delle persone coinvolte, senza quindi che occorresse alcuna «trasformazione del minore, da soggetto dotato di libertà e

strumenti tecnici di riproduzione e/o trasmissione, anche telematica, idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari» «era tutt'altro che scontata e doveva essere oggetto di specifico accertamento», trascorsi quasi vent'anni si dimostrava «assolutamente generalizzata».

²¹ Sulle varie linee dottrinali a riguardo, con ulteriori riferimenti, PISTORELLI, *Art. 600-ter*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Gatta, Milano, 2015, 224 ss.; BERTOLINO, *Il minore vittima del reato*, Torino, 2010; HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile*, Padova, 2007; ID., *La pornografia minorile: verso un abbandono dei parametri di un diritto penale del fatto?*, in *Psicoterapia*, 2012, n. 32, 283 ss.; più recentemente, i vari contributi sul tema in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, Milano, 2019.

²² A favore di una simile ricostruzione v. B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2007, 48-82 e 190-231. *Contra* DELSIGNORE, *Mercificazione della persona*, cit., 44.

dignità sessuali, in strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri o per il conseguimento di utilità di vario genere».

Eppure, la quadratura del cerchio non consentiva di andare un passo più in là: non era il consenso della persona (ultraquattordicenne) a far venire meno l'illiceità della condotta, piuttosto la qualificazione oggettiva del suo contesto, di cui la volontà libera, consapevole e informata rimaneva semplicemente un frutto *non avvelenato*.

3. *Due suggestioni visive del presente, e la sovrapposizione di libertà sessuali diverse*. Si diceva di suggestioni mentali, di chi minore non è più, per quanto ora ci compete suggestioni del legislatore, suggestioni del giudice. Un modello interpretativo difatti – che sia o meno di fonte positiva – è sempre il risultato di una di queste, se non addirittura di un'illusione prospettica, perché una qualsiasi figurazione, indipendentemente dal modo espressivo con cui la si concepisca, delinea una esegesi e origina una rappresentazione che non ripropone un mero spazio replicato bensì è una realtà rivelata e “descritta” sotto luci differenti²³.

Il disegno di scrittura della giurisprudenza di legittimità, fin lì, ne aveva scelta una precisa, e particolarmente netta, senza troppo badarne ai riverberi di incostituzionalità: il punto di angolazione era sempre “unico” pur risultando alternativo, ed era quello più *rassicurante* che si potesse rinvenire, misurato direttamente sul metro della libertà sessuale del mondo adulto²⁴. Il Giudice aveva del resto ampiamente dimostrato di usare, ancora una volta, l'occhio limitato della *mente penalistica* al momento di dare attuazione – dicendola come il fisico Lord Kelvin – all'«azione primigenia dell'uomo, [che] dai tempi più remoti, è stata quella di stabilire le regole riconoscibili con le quali quantificare (“misurando” e “numerando”) al fine di dominare, possedere e conoscere ciò che lo circondava»²⁵.

Due, quindi, le unità di misura alternativamente assunte. Proprio la Cassazione, nelle pronunce a ridosso del 2018, immerse nel linguaggio breve e stigmatizzante dei nuovi mezzi di comunicazione sociale, aveva diligentemente assolto l'incarico poi espressamente demandato al giudice dalle stesse Sezioni unite: operare la sostanziale valutazione caso per caso della liceità del c.d. *sexting primario*, rapportandolo, giusto per somme linee, all'“esemplificazione” del

²³ Cfr. PALOMBA, *Modelli interpretativi, tra illusioni e suggestioni*, in *XY*, 2017, 2 (4), 83 ss.

²⁴ Sul tema, non confinabile, della psicologia della decisione, si veda per un quadro di sintesi AA.VV., *Psicologia del giudizio e della decisione*, a cura di Bonini-Del Missier-Rumiati, Bologna, 2008; RUMIATI, *Decisione (psicologia della)*, in *Enc. Trecc.*, VII, Roma, 2006, Appendice. Si veda anche il classico studio di TVERSKY-KAHNEMAN, *The framing of decisions and the psychology of choice*, in *Science*, 1981, 453 ss.

²⁵ MANDELLI, *Il disegno di architettura “osservatorio” nell'Universo*, in Mandelli-Lavoratti, *Disegnare il tempo e l'armonia. Il disegno di architettura osservatorio nell'universo*, Firenze, 2010, t. 1/2, 12.

rapporto paritario corrente tra minorenni ultraquattordicenni descritto nel tratto di atipicità del delitto di atti sessuali con minori, ed acquisendo così - *iure proprio* - l'elemento dell'autoproduzione come linea di discriminare rispetto al materiale etero-prodotto inteso a contenuto della definizione penale di pedopornografia. I rinvii interni contenuti nella disposizione - per giusta logica - avrebbero dovuto lasciare "sempre lecito" pure il consentito *sexting secondario*, quando ad interessare il giudicante fosse stata la cessione o diffusione successiva del materiale pornografico a soggetti estranei alla loro produzione, anch'essa espressiva - però - della libera sessualità "adulta". A riprova di una simile osservazione può oggi scorgersi la repressione penale, introdotta già l'anno successivo con l'art. 612 *bis* c.p., del solo fenomeno contrario, il c.d. *revenge porn*, lasciato privo di qualificazioni speciali (anche solo in termini aggravanti) in ordine all'età della persona offesa. Quest'ultima disposizione contiene peraltro una clausola di riserva destinata a far salva l'ipotesi in cui «il fatto costituisca più grave reato», a conferma che sull'alternativo piatto della bilancia si possa collocare l'art. 600 *ter* c.p., con il suo carico di offesa di danno, realizzato nell'immediato dal materiale prodotto, lesivo della dignità oltre che del corretto sviluppo sessuale del minore. Lo scorcio ha continuato così ad avallare la suggestione di una "costante" assenza di continuità di visione socio-giuridica, sia quanto alla sessualità di minorenni e maggiorenne sia quanto alla sessualità fisica come chiave di lettura e del delitto sessuale e del delitto pedopornografico. Nulla toglie, del resto, che lo stesso apparato protettivo copra l'area della libertà sessuale dell'individuo in quanto tale, senza ulteriori dettagli di età, anche se la scelta dell'ordinamento fin lì era sembrata affatto diversa.

L'"altra" costante, avvistabile su questo campo, sceglie infatti di assegnare alle incriminazioni relative ai fatti sessuali del minore una prospettiva teleologica opposta all'"idea" di libertà, funzionale piuttosto a proteggerne un corretto sviluppo psico-fisico, da lasciare "doverosamente" lontano dall'interesse sessuale degli adulti²⁶. Un bene giuridico del tutto affine agli eteri beni collettivisticamente della 'moralità pubblica' e del 'buon costume'²⁷, rispetto ai quali la volontarietà, ovvero il consenso, assume espressamente le sembianze di limite 'esterno' alla persona, esattamente com'è pure nell'ambito della fenomenologia penale della prostituzione dell'adulto. Nel relativo cono di protezione - sigillato dalle attuali statuizioni della Corte costituzionale²⁸ - non compare del

²⁶ Cfr. le considerazioni spese da Cass., Sez. III, ord. 22 aprile 2021, n. 25334, in www.sistemapenale.it, 29 settembre 2021.

²⁷ Per tutti, v. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984; CADOPPI, *Moralità e buon costume (delitti contro la)* (diritto anglo americano), in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 187 ss. V. anche BACCO, *Tutela del pudore e della riservatezza sessuale*, in Aa.Vv., *Diritto penale-parte speciale. Delitti contro la persona*, a cura di Pulitanò, Torino, 2019, 319 ss.

²⁸ Così le sentenze della Corte cost. n. 141 e n. 278 del 2019. Sul tema ampissimo della dignità umana,

resto tutelata la dignità umana in senso “soggettivo”²⁹, in quanto tale disponibile, ma quella “oggettiva”, da estrarsi lì col paradigma dell’art. 41 Cost.³⁰. Il sillogismo interpretativo è solido, nella premessa che la prostituzione volontaria non rappresenti una «modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità». Qui, è «il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente». Sillogismo non dissimile potrebbe certo adottarsi per la pedopornografia: la produzione e diffusione volontaria del materiale varrebbe a degradare e svilire il minore riducendolo ad un corpo sessuato “in vista” del pubblico, adulto o meno che sia.

L’impostazione consente, alla contemporanea giurisprudenza di legittimità (con il *decisum* della Sez. III, n. 5522 del 21 novembre 2019), di pronunciarsi in linea con i principi affermati nell’arresto delle Sezioni unite pure al momento di affermare che la sussistenza del reato presupposto di produzione del materiale pedopornografico non risulti necessaria ai fini dell’integrazione dei reati di divulgazione, diffusione e cessione, e quindi non acquisti rilevanza il fatto che la produzione di tale materiale possa risultare scriminata per essere ad uso privato e del tutto lecita. Suggestisce, in breve, l’impossibilità “assoluta” per il minore ultraquattordicenne di prestare un valido consenso alla ces-

vagliato nelle plurime sfaccettature di cui si dota, per il panorama penalistico italiano si confina il riferimento agli approfonditi studi di TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 89 ss.; FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in Aa.Vv., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di Risicato-La Rosa, Torino, 2009, 33; VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Jus 17@unibo.it*, 2009, n. 1, 195, 202 ss.; PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal Codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 510 s.; FORTI, «La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità». *L’apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, n. 2-3, 293 ss.; si veda anche SOTIS, *Practical Reason and Ewantiosemy of Human Dignity: The Reality of the Principle in Italy*, in Feuillet-Liger - Orfali, *The Reality of Human Dignity in Law and Bioethics: Comparative Perspectives*, Springer, 2018, 83 ss. Quanto al panorama dottrinale internazionale, cfr. gli importanti saggi di HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, 125 ss.; MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2008, n. 4, 655 ss.; ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, Torino, 2012, 65 ss.

²⁹ Sul tema, si veda BACCO, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in *Sistema penale*, 2020, n. 7, 5 ss.; PARISSI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin?*, *Sulla sentenza 141/2019 della corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in www.la legislazione penale.eu, 2019, 35.

³⁰ Sulle definizioni di dignità soggettiva e oggettiva applicate al tema della prostituzione, v. per tutti, CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in Aa.Vv., *Prostituzione e diritto penale*, cit., 285 ss.

sione o diffusione del materiale a persone diverse dai protagonisti dell'attività sessuale ivi riprodotta.

Torna quindi facile il riferimento proprio al suo "superiore interesse", che rende incalzanti le perplessità sui contenuti del consenso all'atto sessuale, pur prestabile - per *dictum* della Legge - dai soggetti minorenni tipizzati dall'art. 609 *quater* c.p., in un contesto culturale maturo ad accogliere l'euristica della realtà a criterio di accertamento dell'offesa nel singolo ed "individuale" caso concreto, ed a farsi carico di un approccio riflessivo tanto giuridico quanto psico-sociale, lungo due percorsi incrociati: sul valore del consenso della vittima dell'illecito penale e sul "senso temporale" dell'immagine relativa alla vita sessuale di chi adulto non è.

4. *Le percezioni penali del consenso alle immagini pedopornografiche: il futuro nel dialogo giudiziario contemporaneo.* Beninteso: nessuno oggi sosterebbe che ci si muova in un ambito adattabile a distinzioni dicotomiche nette. Nel terreno delle relazioni 'affettive', in particolare con protagonisti minori, la quantificazione matematica del peso assunto da fattori che possono aver 'dominato', piuttosto che 'indotto', o semplicemente 'accompagnato', una scelta complessa come quella di esporre ad altri la propria sessualità, risulterebbe in preludio un'operazione *disumana*, assolutamente inconciliabile con la "persona" che è soggetto del disegno costituzionale. I fattori plausibilmente condizionanti, richiamabili nelle forme di disagio affettivo, relazionale, sociale, economico, d'altronde, sono i medesimi che possono influire, in modo più o meno marcato, sull'economia di ogni scelta esistenziale dell'individuo, a prescindere dalla sua età anagrafica³¹. In egual misura si è però tenuti ad ammettere che manchi l'apposita previsione di un'area scriminata relativamente al materiale "prodotto e posseduto" con il consenso del minore non abusato³². Che non manchi, invece, la necessità di rimettere all'interprete del fatto fotografato col paradigma della pedopornografia la decisione in relazione allo specifico caso individuale, una volta presa in mano l'offesa tipizzata.

Per trovarsi davanti ad una visuale più centrata, la metafora dell'occhio torna calzante, permettendo di sviluppare un'osservazione affrancata sia dalla direttrice battuta dal paternalismo penale³³ sia da quella della generale libertà o

³¹ Quanto al fenomeno della prostituzione, rimarcano questa condivisibile considerazione, CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 12, 1661; GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in Aa.Vv., *Prostituzione e diritto penale*, cit., 303.

³² Fin troppo noto che il legislatore non abbia esercitato la facoltà prevista dall'art. 8 par. 3 della direttiva 2011/1993/EU.

³³ Sul tema, poco confinabile, del paternalismo penale, si vedano AA.Vv., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di Fiandaca-Francolini, Torino, 2008; AA.Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, a cura di Cadoppi, Milano, 2010; nonché FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014. In

della generica dignità umana; che non guardi solo la superficie dello specchio ma chi e cosa gli sta davanti. L'individuo può del resto vedere il mondo ma non sé stesso: per percepire la propria immagine è tenuto a ricorrere a mezzi che siano capaci di rivelarla. Lo specchio come oggetto fisico è, appunto, uno degli strumenti di scoperta e di conoscenza della propria persona che più immediatamente ciascuno (l'*uomo comune* conosciuto dal diritto penale) può trovare alla propria portata. Ma se ad utilizzarlo è un giovane adolescente, ciò che egli vi vede ordinariamente riflesso è "solo" un corpo, che in breve cambia forma e dimensioni, diventando un corpo sessuato. Faticosamente egli "mentalizza" quelle trasformazioni rese oggettive nell'immagine riflessa, le stesse che gli consentiranno in futuro di usare proprio quel corpo per creare la *sua*, autonoma, relazione con l'altro. Per definire un'identità che ancora attende di essere completata³⁴.

L'itinerario riflessivo così si sposta, alla ricerca di dettagli e distinzioni, tenendo accanto l'interrogativo trascritto nel quesito posto infine alle Sezioni unite del 2021, e davanti il loro ultimo responso di riscontro, nella veste resa nota tramite informazione provvisoria. Nell'opportunità di sottoporre a verifica la concreta applicazione delle distinte fattispecie incriminatrici, l'ordinanza di remissione ha sostanzialmente sommato tutte le ipotesi riferibili alla produzione consentita del materiale illecito (vale a tanto il richiamo esclusivamente al comma 1 n. 1 dell'art. 600 *ter* c.p.), mettendone al vaglio la configurabilità nel contesto di una relazione affettiva con persona maggiorenne o considerata tale in campo sessuale. Le Sezioni unite, al seguito, pare abbiano provato a dare le linee di massima di corrispondenti contenuti sostantivi, *descrivendo* un principio di diritto sul quale ci si sofferma una volta "preso in sé". Viene pertanto osservato non quale principio astratto - smarcato com'è dal processo argomentativo che l'ha supportato - ma in quanto «principio che regge il caso», perché diritto ad esso applicato³⁵; non fonte del diritto stesso né codificazione di una norma di dettaglio a corredo di quella interpretata, ma generaliz-

particolare, v. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; ID., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in Aa.Vv., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 83 ss.; CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in Aa.Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 167 ss.; CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss.; PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 489 ss.; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 3, 984 ss.; SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 3, 1209 ss.

³⁴ Cfr. PELLAI, *Costruzioni di identità*, cit., 69.

³⁵ GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXIII, Roma, 1990, 11. Per riferimenti assolutamente essenziali sulla questione, solo "sfiorata" in questa ricerca, v. NAZZICONE, *Tecniche di massimizzazione delle sentenze*, Roma, 2017, 10 ss.; CONTI, *La Corte di cassazione e la sua funzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 17 novembre 2018, 5 ss.; MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018.

zazione dell'*interpretazione ed applicazione della norma ad una fattispecie concreta*, destinata - non vincolata - ad applicarsi non solo nei casi uguali ma anche in quelli simili o assimilabili³⁶. Prima il caso quindi. Riguardava l'acconsentita realizzazione e la (parziale) cessione, parimenti oggetto di consenso, operata materialmente da un ragazzo maggiorenne, di immagini pedopornografiche di una quindicenne effettuate nel contesto di una relazione sentimentale di coppia fin lì mantenuta per circa un anno (ed a distanza di anni ancora sussistente): foto e video, relativi a pratiche sessuali condivise tra la ragazza e l'imputato stesso, e ceduti, come "prova d'amore", attraverso l'immissione in rete una volta resi accessibili all'ex fidanzato della stessa tramite un messaggio privato sul social network Facebook.

Un *minore*, quindi, il cui passato lo vede già protagonista di *rapporti sociali* sentimentali, e assieme a lui un adulto; una *relazione intima "strutturata" nel tempo*. Elementi di una scena di umanità in cui le parole del diritto intervengono risaltando come occhio su di una realtà giuridica complessa, sfaccettata in più riflessi da differenziare.

«Nel rispetto della volontà individuale del minore con specifico riguardo alla sfera di autonomia sessuale, il valido consenso che lo stesso può esprimere agli atti sessuali con persona minorenni o maggiorenne, ai sensi dell'art. 609 quater cod. pen., si estende alle relative riprese, sicché è da escludere, in tali ipotesi, la configurazione del reato di produzione di materiale pornografico, sempre che le immagini o i video realizzati siano frutto di una libera scelta e siano destinati all'uso esclusivo dei partecipanti all'atto.

Eppure, non si assiste ad una semplice ripetizione di quanto similmente dettato nel 2018: ora compare un richiamo espresso ad un fatto penale "raccontato" dal minore come libera espressione della propria sessualità, sicché *Al di fuori della ipotesi descritta, la destinazione delle immagini alla diffusione può integrare il reato di cui all'art. 600 ter, primo comma, cod. pen., ove sia stata deliberata sin dal momento della produzione del materiale pedopornografico.*

*Viceversa, le autonome fattispecie di cui al terzo e al quarto comma dell'art. 600 ter ricorrono allorché una qualsiasi delle condotte di diffusione o offerta in esse previste sia posta in essere successivamente ed autonomamente rispetto alla ripresa legittimamente consentita ed al di fuori dei limiti sopra indicati*³⁷.

Tutto sembra meno che un chiarimento, con cui ambire a cancellare

³⁶ Essa altro non è che «il rapporto fra la risoluzione (motivata) del caso e il "caso" stesso, cioè il "fatto" e le "questioni inerenti"» GORLA, *Precedente giudiziale*, cit., 11.

³⁷ Cass., Sez. un., 28 ottobre 2021, Rel. Sarno, in www.sistemapenale.it, 29 ottobre 2021.

l'incertezza operativa che fin qui ha travagliato il disposto. Di certo c'è una nuova direttrice, e la visibilità di ciascuno dei delitti che fanno la struttura a spirale della norma indagata su versanti originali, poggiati al di là del contesto di dominio psicologico attivato dall'autore, al di là dell'età di costui, al di là dell'eteroprodotto del materiale: ruotano attorno alla presenza di un *valido consenso* del minore, che nella disposizione non sta scritto, ma vi "vive" disegnando soluzioni di continuità.

5. *La grammatica penale del consenso della vittima (minore)*. Che sia chiaro, la "poetica" della Suprema Corte può anche essere letta come scritta "ad arte" per fornire una norma incriminatrice pronta all'uso nei casi problematici presentati dalle dinamiche attuali dei rapporti giovanili. Ma vogliamo apprezzarvi quantomeno lo sforzo di lasciarsi permeare da una "sensazione di realtà", proponendo una soluzione che trovi nel fattore del *consenso del minore* il metro per un'indagine *speculare* sull'esistenza di un diritto inviolabile della persona e su di un suo contenuto che sia il prodotto delle sottostanti tavole di valore materiale³⁸.

Lo sguardo ne attraversa la tacita premessa. La sensibilità per il rilievo del soggetto passivo nella definizione delle trame della politica criminale si è da tempo maturata³⁹, inaugurando un'epocale riconsiderazione del reato attorno all'immagine della relazione sociale portatrice di un'offesa "complicata" dall'articolarsi delle sue sfaccettature di umanità: fatto «socialmente dannoso» e «violativo dei diritti individuali della vittima»⁴⁰. Questa - a sua volta - si rivela: persona fisica, irrompe al centro della scena del reato portandovi il suo interesse individuale quale fattore da sommarsi al disvalore sociale affinché sia riconoscibile la struttura nominale e sostantiva dell'illecito penale, "voluta" dalla coscienza giuridica dell'intera comunità. Ecco come, nella circolarità del ragionamento penale, la riflessione passa il testimone all'analisi del ruolo di-

³⁸ Cfr. RIDOLA, *Il principio di libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 192 s.

³⁹ AA.VV., *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001; GIUDICELLI-DELAGE-LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, a cura di, Parigi, 2008; ELIACHEFF-SOULEZ-LARIVIÈRE, *Il tempo delle vittime. Come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società democratica contemporanea*, Milano, 2008; OTTENHOF, *Sulla tutela penale delle vittime*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 708. Tra i più importanti contributi in materia di diritto penale sostanziale, v., MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2005, 47; MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, 759; PAGLIARO, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41; BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010; CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1766; EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 527. Nella dottrina italiana v. già NUVOLONE, *La vittima nella genesi del delitto*, in *Ind. pen.*, 1973, 640.

⁴⁰ Così il considerando n. 9 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, in G.U. dell'Unione europea, 14 novembre 2012, L315/57.

rimente che assume il suo consenso nella stessa definizione del bene giuridico protetto, giungendo alle soglie del discorso ora affrontato con lo sfessurare una finestra sulla più lata tematica dell'incontro e della composizione di libere determinazioni di volontà evocata dalla formula dell'assenso. Una tematica ubiquitaria, costante nell'ambito del dibattito attorno alla democrazia⁴¹, e destinata ad incastrarsi dentro le linee della politica criminale, ove diventa cruciale ed assorbente la questione dell'esistenza, nel corpo sociale, di un certo livello minimo di accordo su alcuni valori fondamentali e regole di comportamento comuni, che possono essere prese - per tutti e per ciascuno - dagli individui che si riconoscono tra loro sufficientemente "uguali" da farsi un'unica società, in cui le differenze non si azzerano - come esplicitato dall'art. 3 Cost. - ma vi rimangono regolate "a ragionevole distanza"⁴². Sotto la luce del paradigma della Carta, il consenso assume così il senso non solo di vincolo istituzionale, ma di vero e proprio interscambio comunicativo, dimostrandosi una koinè culturale essenziale per un ordinamento che esiste in funzione della persona che ne è il "fine"⁴³, e che garantisce a tutti e a ciascuno il *libero svolgimento della propria, individuale, personalità*.

È la stessa terminologia messa in campo dalla codificazione penale in apertura delle *species* di libertà dell'uomo come singolo⁴⁴, presupposto generale di ogni specifico stato di libertà individuale, nel cui "ambiente" - non a caso - cade la protezione garantita dalla norma incriminatrice in discorso. Dal punto di vista penale, è propriamente l'insieme degli stati di libertà inteso nel suo complesso articolarsi⁴⁵, suscettibile di essere vulnerato da quei selezionati comportamenti che finiscono per squilibrarlo, per confonderlo, con l'*utilizzare* la persona con la quale si interagisce *come se fosse* altra da sé stessa: un oggetto, un soggetto "diverso", un'immagine, o ancora manodopera su cui esercitare un proprio dominio discrezionale. Dal punto di vista psicodinamico - che ci si limita ad approcciare⁴⁶ - se ne rileva il contenuto di realtà: insieme organizzato e complesso di modi di essere, di conoscere e di agire che assicura unità, stabilità e progettualità, rispetto alle relazioni dell'individuo con il mondo⁴⁷.

⁴¹ COTTA, *Consenso*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1992, in www.treccani.it; PARTRIDGE, *Consent and consensus*, London, 1971, 73 ss.; SHILS, *The concept of consensus*, in *International encyclopedia of the social sciences*, III, New York, 1968, 260-266.

⁴² Cfr. INSOLERA, *La produzione del "penale" tra governo e parlamento maggioritario*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2016.

⁴³ Nel senso del "primato della persona umana" nel suo esistere-essere come valore-fine in sé, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., XLI.

⁴⁴ V. per tutti MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 262 s.

⁴⁵ V. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 297; BRASIELLO, *Personalità individuale (delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 1093.

⁴⁶ Per i multiformi punti di vista attraverso cui inquadrare l'identità, cfr. MUSSCHENGA-VAN HARKAMP, *The Many Faces of Individualism*, Lovanio, 2000.

⁴⁷ CAPRARA-GENNARO, *Psicologia della personalità e delle differenze individuali*, Bologna, 1994; EY-

Ne emerge la corrispondenza con la descrizione di altro lessema, anche questo giuridicamente in uso nelle traiettorie di protezione della persona: la sua “identità personale”⁴⁸. La si coglie come un’esperienza empirica⁴⁹ - con ciò vagliabile anche dall’interprete del diritto - che «può essere vista come quella funzione o aspetto centrale della coscienza di sé, che consente la rappresentazione e la consapevolezza della specificità e continuità del proprio essere personale e, al tempo stesso, della sua diversità in rapporto agli altri e alla realtà»⁵⁰. Non la si prefigura, pertanto, come un modello definito ed in certo modo rigido, bensì come un “fattore” che, «partendo da condizioni minimali viene costruendosi attraverso un processo comunemente definito “di individuazione”»⁵¹, che costituisce poi un compito essenziale e diremmo irrinunciabile per la personalità umana, e che deve esserle garantito dall’ordinamento costituzionalizzato. Quello di “condurre ad effetto” la propria identità, permettendo all’individuo di giungere alla sua pienezza o, se vogliamo, ad una identità originale *compiuta*⁵², di cui la relazionalità sociale è strumento di costruzione e al contempo possibilità di condivisione di ulteriori percorsi di sviluppo⁵³.

In questo scenario di identità individuali in comunicazione, attraverso le loro rispettive libertà espressive, il seme del consenso vi si radica, per quello che è: paradigma generale delle scienze sociali e giuridiche, piattaforma valoriale dalla quale si diffondono le relazioni intersoggettive e si definiscono le procedure per equilibrarle. Sicché si spiega la ragione di un discorso penale che tra gli elementi necessari, *strutturali*, del reato metta in conto il “consenso oggettivo”, quello espresso dal corpo sociale storicizzato in ordine alla forma di tutela predisposta per il condiviso valore fondamentale; e sempre accanto, nella realtà della fattispecie criminosa in cui entra in gioco il fattore della personalità dell’individuo, quello “soggettivo”. Separato ma congiunto, manifestato come presente o meno direttamente dalla singola vittima mediante l’assunzione - o la sua visibile assenza - di un atteggiamento materiale di partecipazione positiva rispetto al realizzarsi della specifica vicenda umana criminalizzata, ne chiarisce la stessa semantica: se vicenda umana offensiva di penale rilevanza oppure no. Possiamo dire, in altri termini, che ogniqualvolta l’offesa riguardi, come è nel nostro caso, un diritto fondamentale della persona quale singolo individuo, catturato nella sua specifica identità, la *libertà in-*

SENCK, *Biological dimensions of personality*, in Pervin, *Handbook of personality: Theory and research*, New York, 1990, 244-276.

⁴⁸ PINKUS, *Senza radici? Identità e processi di trasformazione nell’era tecnologica*, Roma, 1998.

⁴⁹ Un’accurata chiarificazione dei termini che concernono l’identità, il sentimento d’identità, il Sé e altre espressioni si trova in JERVIS, *La conquista dell’identità*, Milano, 1997, Appendice.

⁵⁰ PINKUS, *Identità e solidarietà*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2001, n. 2, 1.

⁵¹ JACOBI, *The way of individuation*, Londra, 1967.

⁵² TREVI, *Introduzione*, in Jung, *L’Io e l’inconscio*, Torino, 1967, 9.

⁵³ ERIKSON, *The problem of ego identity*, in *Journ. Am. Psychoan. Ass.*, 1956, n. 57, 56-119.

violabile ne risulta il contenuto essenziale e costitutivo secondo le rime della storia della Carta costituzionale⁵⁴, ed il “valido” consenso diventa il necessario punto visibile in cui il fatto emerge o meno a sua gestione autodeterminata, in senso positivo come in senso negativo, specchio di una decisione realmente non viziata dall’esterno contesto di interrelazione di cui la persona protetta è parte.

6. *Visualizzare l’identità del minore, e capire lui chi è.* In quest’ottica, torna utile un cenno di confronto al lessema del “consenso libero e informato”, che è divenuto negli ultimi decenni cliché della giuridicizzazione della medicina, prima gergo giurisprudenziale corrente, poi previsione normativa: appare difatti una logica discendenza delle premesse generali acquisite dalla riflessione affrontata in queste righe. La formula evoca, appunto, una fattispecie comunicativa qualificata dall’effettiva ed attuale volontà incondizionata, avente alla base una relazione intersoggettiva che all’informazione e all’ascolto faccia seguire un *feedback* di visibile “scelta” del complessivo accadimento nel cui intreccio si esplica il proprio diritto di libertà. *Mutatis mutandis*, il consenso dell’infradiciottenne all’atto di sessualità cui partecipa – scoperto dalle parole delle Sezioni unite dentro il contesto pedopornografico – col suo “essere/non essere” conquista la nitida fisionomia di strumento di comunicazione, al soggetto-autore ed all’intera collettività, del significato acquistato dal fatto: invasione indesiderata del proprio *diverso* diritto di libertà “identitaria”, oppure modo adeguato di viverlo⁵⁵, in equilibrio con quello altrui. Cosicché l’obiettivo vero della ricerca diventa verificare gli spunti rintracciabili nel *dictum* appena coniato per seguire le vicende di *questo diritto di libertà del minore*, ed i suoi connotati “particolari”, che lo rendono “altro” rispetto alla libertà sessuale vista nel dettaglio del coinvolgimento della sua corporeità⁵⁶. Si nutre infatti la ragionevole certezza che il separato delitto di atti sessuali si aggiunga a quello di violenza, di pari dosaggio sanzionatorio, senza mutarne il relativo profilo offensivo con “arricchimenti”⁵⁷, ma ampliando il panorama

⁵⁴ Cfr. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Storia cost.*, 2009, n. 17, 12.

⁵⁵ Con riferimento al bene tutelato dal delitto *ex art. 609 quater c.p.*, FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di cupido nell’era postmoderna*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di G. De Francesco-Gargani-Notaro-Vallini, Torino, 2019, 19 ss.

⁵⁶ Per tutti, VENEZIANI, *Art. 609 quater c.p.*, in Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Padova, 2006, 624; BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. giur. Trecc.*, VII, Roma, 1999, 15; MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15.2.1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 412 s.; LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, in Coppi, *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù*, Torino, 2007, 134 ss.

⁵⁷ Lo perimetra nel contatto fisico tra agente e minore in una zona sessualmente sensibile o comunque nel localizzato coinvolgimento della corporeità del soggetto passivo CADOPPI, *Art. 609 bis c.p.*, in Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 542, con

delle forme di protezione della fisicità spettanti al minore, col valorizzarne la tutela nel relativo contenuto negativo. La si assicura da ogni sopraffazione esterna sessualmente significativa⁵⁸, osservabile dal mondo sociale in quanto un contatto sessuale sia stato creato con un corpo – del minore – che (completamente) sessuato non è, o che non è consapevole di essere così considerato in quel contesto⁵⁹. Con questa piega logica si riesce a comprendere la ragione di un’offensività che continua a considerarsi di gravità immutata pur essendo il fatto realizzato dal genitore, dall’affidatario ovvero da chi inserito in una medesima “comunità di vita”, difficilmente condivisibile nel momento in cui si assegni al precetto la funzione di evitare che il convivente *approfitti comunque* della propria posizione di vicinanza per finalità di carattere sessuale⁶⁰, o d’altro canto della *particolare condizione di debolezza della vittima*⁶¹, pur al di fuori di una non citata modalità comportamentale abusiva. L’unica forma di aggravamento associata dalla comunità alla vicenda, difatti, risalta per il suo carattere originale: l’attesa di un valido consenso si dilata al sedicesimo anno di età. Alla scoperta di una plausibile ragione, si perviene osservando come la mancata consapevolezza del minore rispetto al significato sessuale del contatto fisico, generalmente si protragga se si tratta di un assegnare un significato sessuale al “toccarsi” con colui che quel corpo ha di regola cresciuto per molti anni come oggetto di “normali attenzioni”, curandolo attraverso affettuosi momenti di intimità corporale⁶².

Si sceglie così di intraprendere una traiettoria che non segue la tradizionale lettura, in cui delitto pedopornografico e delitto sessuale a danno del minore rimangono collocati nell’“unità” categoriale dell’*armonioso sviluppo della sua personalità sotto il profilo affettivo e psicosessuale*⁶³. A parte il riflesso di valore “troppo alto,” troppo vago per farsi *il bene* giuridico di realtà rispetto ad una *species*, e vieppiù rispetto a due, distinte e diversamente inquadrature dalla sistematica penale, senz’altro lascerebbe perplesso chiunque il vederlo protetto dall’ordinamento ora rispetto a tutti i non maggiorenni ora solo per chi non ancora quattordicenne (o sedicenne). E poi, il vero “dilemma” che qui entra in scena, sapientemente dipinto nello svolgersi di una domanda: «[...]

riguardo al delitto *ex art. 609 bis*, in risposta ad un’interpretazione orientata alla determinatezza e all’oggettività.

⁵⁸ Per il compenetrarsi dei due aspetti, positivo e negativo, cfr. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 955.

⁵⁹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 430, sul senso di atti sessuali.

⁶⁰ LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, cit., 167 s.; VENEZIANI, *Art. 609 quater c.p.*, cit., 626 ss.

⁶¹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 477.

⁶² Cfr. le più ampie considerazioni svolte da PELLAI, *Costruzioni di identità*, cit., 69 s. sotto il profilo parallelo dell’“evoluzione” che ha ad oggetto i compiti dell’educatore.

⁶³ Per l’art. 600 *ter c.p.*, v. autori citati in nota 18. Per l’art. 609 *quater c.p.*, v. in particolare BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in Coppi (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù*, Torino, 2007, 65; VENEZIANI, *Art. 609 quater c.p.*, cit., 629.

nel nostro caso, il bene è disponibile o non disponibile? [...] se si riflette [...] sullo «sviluppo fisico, psicologico, spirituale morale e sociale» del minore, pare davvero curioso che una ragazza di diciassette anni e mezzo possa compiere atti sessuali con qualsiasi partner (tutore o genitore compreso), i quali godono di una evidente impunità rispetto a tali fatti, ma non possa acconsentire a farsi fotografare sfacciatamente nuda dall'innamorato, magari di propria ed esclusiva iniziativa, perché tale fatto, secondo il nostro legislatore, è presuntivamente offensivo del suo percorso di maturazione personale. Ed anzi, il povero innamorato rischia da 6 a 12 anni di galera!»⁶⁴.

Nell'indagine si affronta quindi un dettaglio che "fisico" non è: un consenso del minore "valido" come quello espresso nell'area della sua "accettata" libertà sessuale⁶⁵, eppure tanto diverso da distinguere la complessità della realtà individuale sciolta nella grammatica di un delitto che non ne fa alcun richiamo, né esplicito né implicito⁶⁶. Tanto "fondante" da descriverne all'interno i tratti di separazione tra il caso lecito della produzione "riservata" del materiale pedopornografico, consentita nel momento stesso dell'attività che coinvolge i partner; l'ipotesi della diffusione di materiale pedopornografico *deliberata contestualmente* al momento della produzione delle stesse immagini consentite, la quale *può* integrare il delitto di utilizzazione/realizzazione *ex art. 600 ter*, comma 1, c.p.; ed il caso che agli altri sta contrapposto (*viceversa*), di diffusione o offerta del materiale *successiva* ed *autonoma*, in cui trova la sua *realizzazione* la fattispecie criminosa distintamente derivata dalla produzione. In consecuzione, si apprezza la ricostruzione di tre distinte inquadrature normative, in cui - ogni volta - il primo piano del fatto cambia. Dal minore che liberamente vuole (col consenso validamente espresso), e lascia penalmente inoffensivo quanto commesso dall'agente, l'obiettivo si sposta. Ora centra i partner, che concordano nell'"ora ed adesso" del rapporto la sua riproduzione in materiale pedopornografico che "sarà" da divulgare, qualificando la fattispecie concreta coi tratti *eventuali* della *possibile libertà*. Ora si

⁶⁴ PETRINI, *La tutela del buon costume*, in *Dir. dell'informaz. e dell'inf.*, 2011, 451 s.

⁶⁵ Cfr. LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, cit., 162. Nel senso del consenso quale elemento implicito della fattispecie, vedi già PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, 9.

⁶⁶ Senza con ciò dimenticare "ciò che è stato". Si rammenta al lettore che nel d.d.l. di iniziativa governativa n. 4599, presentato alla Camera il 13 gennaio 2004 - il quale ha poi portato all'approvazione della legge di riforma n. 38 del 2006 - al momento di sostituire la nozione di "sfruttamento" con quella di "utilizzazione" dei minori, si era previsto di introdurre con l'art. 600-*quater*:3 c.p. una causa di non punibilità per il minore che producesse materiale pornografico «utilizzando minori», quando questo materiale venisse dallo stesso detenuto, ritraesse un minore che avesse raggiunto l'età del consenso sessuale e fosse rimasto nell'esclusiva disponibilità dei soli soggetti minori rappresentati. Ma l'introduzione, è noto, non venne approvata. V. in proposito DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in *Trattato di diritto penale. I reati contro la persona*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Papa, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Torino, 2006, 421; DI GIOVINE, *Art. 600-ter*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 3611.

ferma a fissare la realtà di un'offesa: realizzata da chi - altro dal minore - decida di utilizzarne, unilateralmente, "dopo e poi", la *personalità*.

7. *Il diritto personale (del minore) di educarsi alla libertà. Con il mezzo della sessualità.* Così, il ragionamento principiato con l'esercizio di *naming* della formula penalistica "personalità individuale" trova al seguito l'occhio giuridico impegnato ad analizzare il delitto pedopornografico, e qui il punto in cui si intersecano la minore età, la sessualità, la libertà, la scelta ed il tempo della stessa.

Rileggere un passo di letteratura penale introduce perspicuamente il discorso lungo cui la proposta esegetica si svolge. Racconta di come «C'era una volta l'esaltazione del "sesso libero" come massima espressione dei diritti di libertà. Siamo alla fine degli anni Sessanta, un periodo storico in cui un marito che si era rifiutato di assecondare i desideri sessuali della (forse troppo focosa) moglie, venne condannato per violazione degli obblighi di assistenza familiare [...]»⁶⁷.

Proprio il "vecchio" Novecento è stato infatti uno dei secoli più vivaci nel fornire contributi fondamentali a far emergere dallo stato di clandestinità i meccanismi ed i processi della sessualità. Prima gli studi di Freud, poi le ricerche sistematicamente condotte negli Stati Uniti, ed infine affacciate anche in Europa, avevano convinto molti che ci si avvicinasse a giustificare scientificamente gli impulsi sessuali, rappresentati come naturale strumento di espressione ed espansione della persona⁶⁸. Era l'inizio della fine di un mondo fatto di tradizionali preconcetti e pregiudizi, ne stava per cominciare un altro, contraddistinto dai valori della postmodernità. La mentalità adulta del tempo si è pertanto trovata a vivere una profonda crisi di coscienza: una volta smarriti i punti di riferimento fin lì certi, non ha più saputo offrirsi ad educatore della generazione successiva. Davanti a questa frattura psicosociale, alla fine degli anni Sessanta, Kriekemans aveva il materiale umano per asserire che nell'ambiente culturale del tempo non esistesse «più norma ammessa nel campo della condotta sessuale. In pratica, tutte le forme possibili di comportamenti e di relazioni sessuali trovano in noi il loro posto»⁶⁹.

Poi, l'intuizione della fine degli anni Novanta, che ora è certezza comprovata: il confluire degli studi psicologici e pedagogici ha definitivamente portato allo scoperto come l'enorme potenziale di energie che si radica nelle dinamiche profonde della sessualità debba essere inserito nel cammino *evolutivo* del singolo, e guidato attraverso argini agli impulsi individuali che facilmente si è

⁶⁷ FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di cupido nell'era postmoderna*, in *La tutela della persona umana*, cit., 19 ss.

⁶⁸ Affronta in profondità il tema GALLI (a cura di), *L'educazione sessuale nell'età evolutiva*, Milano, 1998, *passim*.

⁶⁹ V. KRIEKEMANS, *Pédagogie générale*, Lovanio, 1967, 185.

portati a soddisfare se lasciati soli a sé stessi⁷⁰. Infine, il Secolo nuovo, l'epoca in cui si ammette l'uso della contraccezione, si separa la sessualità dalla procreazione, si varano leggi (tra cui quelle sull'aborto, sul nuovo diritto di famiglia) che portano con sé delle possibilità, dei valori, dei modelli socio-culturali rinnovati, diverse rappresentazioni e norme che delineano la liceità o meno dei comportamenti, e diritti definitivamente irrinunciabili: alla libertà sessuale, all'autorealizzazione, all'emancipazione, alla parità⁷¹. All'*educazione della nuova generazione, l'arma più potente per ottenerli, per ottenere libertà, giustizia ed uguaglianza*⁷².

Questo primo giro d'orizzonte permette al penalista di apprezzare un riverbero neo-illuministico idoneo ad individualizzare il minorenne tanto quanto i suoi diritti, e consente alla tecnica di settore di attingere all'umanizzazione della società costituzionale che ha progressivamente investito anche le forze istintive legate alle dinamiche sessuali, riconoscendole valide ad essere inserite come strumenti antropologici di formazione *graduale* dell'identità personale⁷³, all'esito di una scelta quanto a contenuti e metodi in funzione di "singolari" mete da raggiungere, consone alle caratteristiche individuali dell'uomo, ovvero alla sua capacità di autodeterminazione rispetto alle sue energie psichiche⁷⁴. È quella *realtà educativa propria del minore* vista dal quadro normativo sovranazionale⁷⁵, strumento per superare la disuguaglianza che lo separa dal mondo adulto, per conquistare la libertà di essere "una" *persona completa*, costruita attraverso libere esperienze di carattere sessuale di grado pari al livello di crescita della sua identità. Non c'è la veduta sul particolare dell'attività bio-meccanica con la quale egli esprima liberamente la sua sessualità corporale - *altro* diritto di libertà - ma c'è quanto permette di rintracciare un meccanismo correttivo interno al sistema, *anticorpo penale* rispetto ad un'incostituzionale sovrapposizione di immagini tra l'identità "immatura" e quella adulta, ed alla presunzione intangibile di una loro necessaria diversità.

⁷⁰ SIMEONE, *L'educazione sessuale nella prospettiva della pedagogia personalista di N. Galli*, in *Rivista di Sessuologia*, 2006, 2, 98 ss.

⁷¹ COLUCCI, *Genitori e figli nell'epoca della libertà sessuale*, in *Minorigiustizia*, 2019, n. 3, 62.

⁷² MANDELA, *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Milano; ID., *Parole per il mondo*, Milano, 2013.

⁷³ Aderiscono ad una visione antropologica personale anche i "padri" della psicologia umanistica, in particolare ALLPORT, *Becoming: Basic Considerations for a Psychology of Personality*, New Haven, 1955; MASLOW, *Motivazione e personalità*, Roma, 1973; ID., *Verso una psicologia dell'essere*, Roma, 1971.

⁷⁴ Principiata dagli studi di Galli, in particolare v. GALLI, *Educazione familiare e società*, Brescia, 1965. Dello stesso autore, in argomento, si vedano GALLI, *Antropologia, ideologia ed educazione sessuale*, in *Scuola Italiana Moderna*, 1979, 17, 23; ID., *Educazione sessuale e mutamento culturale*, Brescia, 1980; ID., *Sessuale educazione*, in Flores d'Arcais (a cura di), *Nuovo dizionario di Pedagogia*, Cinisello Balsamo (MI), 1982; ID., *Educazione dei giovani alla vita matrimoniale e familiare*, in *Vita e Pensiero*, Milano, 1993; ID., *L'educazione sessuale nell'età evolutiva*, Brescia, 1994.

⁷⁵ Par. 4 e 5 dei considerando della Decisione quadro GAI 2004/68/GAI.

Di più. C'è un chiaro, ed articolato, piano di analisi teorica e sperimentale che dà ragione ad estrarre, nell'episodio di realtà sessuale narrato dal tipo di offesa pedopornografica - come già fanno le Sezioni unite in menzione -, le complesse cadenze della personalità proprie della fascia d'età di chi infradi-ciottenne. La riflessione scientifica sui temi dell'educazione sessuale in età evolutiva è stata infatti marcata da un crescendo di diffusione, attenzione e sensibilità, a dimostrare sia la consapevolezza dell'importanza del tema per la formazione della *nuova generazione* che per il futuro dell'intero corpo sociale⁷⁶. Il quadro che ne emerge è quello di una "questione sessuale" organica, complessa, cui si riconosce un ruolo fondamentale nella definizione della più ampia capacità del minore adolescente di autodeterminare il proprio sé calandosi nella vasta parabola delle relazioni interindividuali con adulti e coetanei.

La base: la ricerca pedagogica orientata personalisticamente⁷⁷, che prende le mosse del proprio argomentare dalla considerazione, espressa da Laberthonnière agli inizi del secolo scorso, secondo la quale «l'idea che ci si fa dell'educazione e dell'educatore dipende ovviamente dalla concezione che si ha dell'uomo e del suo destino»⁷⁸, diventando anche questo abbrivio un sigillo del ponte logico con la persona "in senso penalistico", quella definita dalla Costituzione, sviluppata secondo il «criterio della socialità *progressiva*»⁷⁹, che vede l'uomo prima nella sua individualità, di seguito nell'ambito dei più elementari rapporti comunitari (della famiglia, della scuola), infine nel suo complesso: "animale sociale" che *non può essere giuridicamente considerato se non in quanto tale*⁸⁰.

Il pensiero pedagogico segue le orme proprio di quest'uomo, «inteso come unità spirituale, materiale, storica, progettuale, relazionale, cosciente e volitiva», «baricentro attorno al quale orbita, si compone, si scompone e si finalizza ogni tipo di umana attività». Il concetto di persona vi prende forma sinergicamente, coniugando intelletto e volontà, spirito e corpo, "soggetto" che si

⁷⁶ SIMEONE, *L'educazione sessuale*, cit., 98 ss.; CIDONE, *L'educazione affettiva in Italia*, in *Elementi di sessuologia*, 2012, n. 1, 21 s.

⁷⁷ In argomento, *amplius*, BOSSIO, *Fondamenti di pedagogia interculturale. Itinerari educativi tra identità, alterità e riconoscimento*, Roma, 2012; BRUZZONE, *Farsi persona. Lo sguardo fenomenologico e l'enigma della formazione*, Milano, 2012; CAMBI, *Abitare il disincanto. Una pedagogia per il postmoderno*, Torino, 2006.

⁷⁸ LABERTHONNIÈRE, *Essai de philosophie religieuse*, Parigi, 1903.

⁷⁹ V. FALZONE-PALERMO-COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino. Con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando*, in https://archivio.quirinale.it/discorsi-bookreader/la-costituzione/La_Costituzione_volume, Roma, 1948, 12.

⁸⁰ È l'affresco dello spirito in cui si disegna, dai suoi principi, l'intera Carta costituzionale, secondo FALZONE-PALERMO-COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., 23 s.

forma come identità volontariamente costituita⁸¹, all'esito di una rete di complesse processualità in cui «*un elemento fondante è la [sua] libertà [...] di scegliere, anzitutto, come e dove orientare la propria esistenza*»⁸², secondo un «disegno [...] a cui fare aderire la propria esistenza intenzionandola quotidianamente in positivo, in paradigmi axiologici e di senso»⁸³. La persona diventa infine - ed anzitutto - *soggetto depositario di libertà*, proteso continuamente al *cambiamento* all'interno di percorsi normati di moralità e di consapevolezza, calati dentro una "*Progettazione esistenziale*" che è centrata sulla *scelta* della direzione verso la quale muovere i propri passi per la *futura realizzazione di sé*⁸⁴. Negli ulteriori sviluppi della scienza pedagogica, con l'attingere al bagaglio della psicologia sociale elaborata da Nuttin⁸⁵, educare alla sessualità assume così il significato addizionale di attendere anche all'educazione dei sentimenti, dai quali si osserva dipendere l'equilibrio comportamentale della persona, proiettata nel processo di scoperta dei valori esistenziali⁸⁶, che a quella permette non soltanto di definire una solida identità personale, ma anche di progettare la propria vita aprendosi alla *relazione libera con l'altro*⁸⁷. L'orizzonte lascia quindi concludere che «L'educazione fornisce al soggetto in crescita i sostegni pedagogici necessari, affinché elabori una concezione sana e liberante della sessualità [...]; reputi la dimensione in parola strettamente connessa con le dimensioni spirituale e metafisica della persona; soppesi le condizioni che gli permetteranno di compiere un interscambio sessuale adulto come *fattore di maturazione e di libertà*»⁸⁸; affronti il suo «*dovere di elaborare un progetto che porti alla pienezza di sé*»⁸⁹ esprimendolo nel diritto (persona-

⁸¹ Per questi riferimenti concettuali e per le citazioni che precedono v. BOSSIO, *Educazione e persona. Prospettive pedagogiche tra ricerca di senso e nuovo umanesimo*, in *Studi sulla Formazione*, 2018, n. 1, 63. In questo senso MARITAIN, *La persona e il bene comune* (1946), Brescia, 1988, 29; GUARDINI, *Mondo e persona* (1939), Brescia, 2000, 75; GENNARI, *L'èidos del mondo*, Milano, 2012, 225.

⁸² BOSSIO, *Educazione e persona*, cit., 58. N.d.r., corsivo nostro.

⁸³ CAMBI, *Dalla crisi del soggetto all'io multiplo, debole, aperto, flessibile/minimo come persona*, in Id. (a cura di), *Soggetto come persona. Statuto formativo e modelli attuali*, Roma, 2007, 25.

⁸⁴ COLICCHI, *Teorizzare la formazione del soggetto. Nota preliminare*, in Id., (a cura di), *Il soggetto nella pedagogia contemporanea. Una questione, un compito*, Roma, 2008, 94.

⁸⁵ NUTTIN, *Tâche, échec et réussite*, 1953, trad. it. *Comportamento e personalità*, Zurigo, 1964; ID., *Motivation, émotion et personnalité*, in *Traité de psychologie expérimentale*, a cura di Fraisse-Piaget, Parigi, 1963; ID., *Théorie de la motivation humaine*, 1980, trad. it. *Teoria della motivazione umana. Dal bisogno alla progettazione*, 1983, Roma.

⁸⁶ Per queste riflessioni etiche v. anche RICŒUR, *La sexualité. La merveille, l'errance, l'énigme*, in *Esprit*, 1960, 11.

⁸⁷ Cfr. ERIKSON, *Identity, youth and crisis*, New York, 1968; INHELDER-PIAGET, *De la logique de l'enfant à la logique de l'adolescent*, Parigi, 1955, trad. it., *Dalla logica del fanciullo alla logica dell'adolescente*, Firenze, 1973; ARCURI, *Rappresentazione di Sé e elaborazione dell'informazione sociale*, in Caprara, *Personalità e rappresentazione sociale*, Firenze, 1995; BRUNER, *Acts of Meaning*, Harvard, 1990, trad. it. *La ricerca del significato*, Torino, 1992.

⁸⁸ Così GALLI, *L'educazione sessuale nell'età evolutiva*, cit., citato da SIMEONE, *L'educazione sessuale*, cit., 102. N.d.r. corsivo nostro.

⁸⁹ GALLI, *L'educazione sessuale nell'età evolutiva*, cit., 1994. N.d.r. corsivi nostri.

le, dell'adolescente) di effettuare *scelte* di evoluzione, *orientate al futuro, aperte al cambiamento, volte alla sua realizzazione globale. Volte alla sua libertà*⁹⁰.

Al fondo di questa osservazione, stanno allora più certezze, tutte di rilievo penale.

Nell'umano dell'adolescente è colto un diritto di libertà appartenente al suo patrimonio identitario, che ha la *scelta evolutiva libera* come suo elemento strutturale, e che esiste nello scorrere di un processo educativo il quale avviene all'interno della *relazione - a ciò funzionale - con gli adulti di riferimento*. Gli stessi "educatori" soppesati dalla forma "diversamente grave" (al confronto con quanto si ricordava disegnato dall'art. 609 *quater*, comma 2, c.p.) di cui all'art. 602 *ter*, comma 6, c.p. Per l'*identità del futuro*, quella completa di "vera" socialità, strutturata su valori fondamentali condivisi, il fatto dell'inserimento attivo dell'educatore nell'esperienza sessuale del minore, che ne è co-protagonista, reca una lesione inevitabile, tanto quanto è indefettibile ed improrogabile che in un simile personalissimo ambito si debbano naturalmente creare *nuove* frequentazioni e *nuovi* modi di rapportarsi, autonomi ed estranei - appunto "diversi" - rispetto a quelli "infantili", "immaturi", ovvero familiari o parafamiliari che dir si voglia⁹¹. Il ruolo socialmente affidato all'educatore lo convoca difatti ad essere non l'"altro", ma chi gli sta accanto e lo accompagna, col compito di guidarlo, e con ciò di *adattare i modelli educativi alle conquiste sociali e ai valori condivisi dalle nuove generazioni*⁹².

Si comprova inoltre il fatto che l'esperienza sessuale vissuta nella preadolescenza e nell'adolescenza svolge funzioni più complesse del semplice scambio sessuale reale o fantastico che sia, rivelandosi come "possibile" espressione - appunto - di soluzioni di continuità: può integrare *un momento* di affermazione edonistica del proprio "io" corporeo, che conferma un egocentrico "sé stesso" immaturo; oppure, può *andare oltre* quel punto e quella dimensione, coinvolgendo l'identità psicologica e sociale della persona minorene nei suoi rapporti con gli altri, e diventando un veicolo espressivo diverso, con cui ella si *afferma nel mondo degli adulti*⁹³.

8. *La prospettiva temporale nell'adolescenza, in premessa al "tempo" del delitto pornografico*. La psicoterapia fornisce le premesse rispetto a questa considerazione di *necessaria ricerca "individuale"* del grado di sviluppo identitario che l'adolescente possa esprimere nella singolarità dell'esperienza sessuale. Compatta, essa trova la caratterizzazione più appropriata di questa fase del-

⁹⁰ V. CIDONE, *L'educazione affettiva in Italia*, cit., 20 ss.

⁹¹ COLUCCI, *Genitori e figli*, cit., 66.

⁹² COLUCCI, *Genitori e figli*, cit., 66.

⁹³ Cfr. CIDONE, *L'educazione affettiva in Italia*, cit., 22.

la vita esattamente nella *necessaria instabilità* dell'individuazione del proprio sé, che *identifica* "ragazzi e ragazze", non più bambini, non ancora persone adulte⁹⁴. È intesa come segnata dall'*inevitabile scoperta*, attraverso le proprie competenze ed esperienze, dell'«identità che gli consentirà in età adulta di abitare la vita, conquistare il territorio delle relazioni ed esplorare il mondo»⁹⁵. Lo "specchio", in quest'ottica, acquista pertanto un ruolo centrale: è lo strumento che consente all'adolescente di guardarsi "dal di fuori" per mettere "dentro di sé" i mutamenti esteriori che vede attraverso l'immagine che vi è riflessa, restituendo anche gli aspetti della sua sessualità, e diventando man mano l'anello tra i *primi* suoi bisogni, di individuazione e soggettivizzazione, e la dimensione della socializzazione, che assolve alla *svolta successiva* e irrinunciabile di *nuovi contatti* e *nuove forme* di relazioni⁹⁶.

La tematica del *significato* di vivere *attimi della frattura adolescenziale*⁹⁷ è stata così affrontata nell'uniforme approccio ad essa quale dimensione basilare nello sviluppo del soggetto e nella sua percezione della vita⁹⁸, e ne ha fatto conoscere la centralità nella metamorfosi che si attiva con la fase puberale⁹⁹. Durante essa, il *tempo* diviene una *dimensione relazionale con il mondo* ma soprattutto diviene centrale ai fini della percezione di esistere *per sé stessi*, per la costruzione del *proprio sé*¹⁰⁰: i processi di scelta rispetto a chi essere e chi diventare sono infatti determinati da variabili nello sviluppo della prospettiva temporale, dal momento che la rappresentazione del tempo è uno dei fattori più incisivi per mobilitarsi verso il futuro e quindi per la costruzione dei processi motivazionali, da ricercarsi con il successo in situazioni analoghe passate, con il grado di conoscenza e accettazione di mete comuni, con il tipo di relazioni educative vissute¹⁰¹.

Pertanto, se è vero che per l'adolescente "la vita è adesso", nel *qui ed ora*¹⁰², dal momento in cui prende avvio la pubertà, ogni giorno egli vede e comprende che qualcosa di sé cambia, sia nel corpo che nella mente, cambia il modo in cui vede il mondo, il suo modo di percepirsi, di osservare gli altri, il *modo di mettersi in relazione con questa realtà e di procedere nella scelta di*

⁹⁴ Per questi riferimenti, v. PELLAI, *Costruzioni di identità*, cit., 68 ss.

⁹⁵ Per questi riferimenti, v. PELLAI, *Costruzioni di identità*, cit., 68.

⁹⁶ BRAZELTON- GREENSPAN, *I bisogni irrinunciabili dei bambini*, Milano, 2001; PELLAI, *Costruzioni di identità*, cit., 70.

⁹⁷ In questo senso MANCANELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19: una riflessione sul significato di vivere "attimi della catastrofe adolescenziale" in uno spazio-tempo negato, nella separazione corporea dal gruppo dei pari e in una relazione scolastica digitale*, in *Studi sulla formazione*, 2020, n. 1, 21-51.

⁹⁸ TONOLO, *Prospettiva temporale nell'adolescenza*, in *48 Rassegna CNOS*, 1994, n. 1, 49-56.

⁹⁹ MAGGIOLARO, *La Prospettiva Temporale nell'adolescenza. Studio teorico-metodologico*, in <https://core.ac.uk/download/pdf/41165103.pdf>.

¹⁰⁰ RODRIGUES-TOMÉ, BARIAUD, *Les perspectives temporelles à l'adolescence*, Parigi, 1994; MAIOLO, *Dalla parte degli adolescenti*, Trento, 2001.

¹⁰¹ TONOLO, *Prospettiva temporale nell'adolescenza*, cit.,

¹⁰² MANCANELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19*, cit., 23.

*atteggiamenti e comportamenti da adottare*¹⁰³. Si rimarca con ciò la necessità che i processi di cambiamento attraversati si svolgano lungo un asse temporale orientato al futuro¹⁰⁴, a significare che *ogni ragazzo deve imparare a partecipare alle scelte che caratterizzano la sua vita successiva*. Motivo per cui *la funzione dell'educatore non è quella di presentargli progetti già pianificati* - da lui in qualche modo "imposti" perché autonomamente decisi e definiti (anche per questo verso si integra, del resto, il fatto maggiormente offensivo avvistabile nel corpo dell'art. 602 *ter*, comma 6, c.p.), «ma di suscitare in lui pensieri proiettati nel tempo, di stimolare la voglia di pensare al futuro e di creare contemporaneamente progetti reali, concreti, fattibili, così da costruire un tempo soggettivo»; motivo per cui *al centro del processo di ridefinizione di sé v'è l'adolescente, che con l'aiuto dell'adulto comincia a progettare un percorso di vita finalizzato a sviluppare competenze, integrazione sociale, e a trovare una proprio e nuova dimensione esistenziale*¹⁰⁵. In una prospettiva temporale, la progettualità esistenziale è pertanto quel denominatore che permette l'elaborazione personale, e libera, di valori e obiettivi di azioni, *agite nel qui ed ora* e che si alimentano di aspettative e di traiettorie *orientate al futuro*¹⁰⁶. Concorde, la teoria classica dell'identità sostiene che il futuro acquisti rilevanza e profondità nella misura in cui il ragazzo riesce a *visualizzarlo* attraverso un progetto, che, a partire dal presente, orienti la sua azione ad uno scopo differito nel tempo, attraverso i concetti di *anticipazione* e di *aspettativa*, che costituiscono *esito* dell'esperienza passata integrata al presente e *orientamento* dinamico (di speranza) verso il futuro¹⁰⁷. La progettualità diventa allora possibile solo quando l'adolescente abbia maturato una personalità e un senso di sé¹⁰⁸ che gli consentano di porre nel presente le basi per la realizzazione di uno scopo che si prospetta a più lunga scadenza¹⁰⁹. Ciò significa tendere «a configurarsi non semplicemente in funzione dell'adattamento alla realtà presente, ma anche (o, ancor meglio, prevalentemente) in funzione di un "possibile", ipotizzabile dall'immaginazione, effettuabile mediante l'intelligenza e concretabile in un processo incessante di costruzione e decostruzione dell'esperienza in cui il soggetto [...] è storicamente inserito e, ovviamente,

¹⁰³ MANCANIELLO, *Tra adolescenza e giovinezza: catastrofe e ricostruzione di sé*, in *Studi sulla formazione*, 2001, n. 1.

¹⁰⁴ BERTIN-CONTINI, *Educazione alla progettualità esistenziale*, Roma, 2004.

¹⁰⁵ MANCANIELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19*, cit., 24.

¹⁰⁶ MANCANIELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19*, cit., 24.

¹⁰⁷ V. NUTTIN, *Teoria della motivazione umana*, cit. Cfr. anche NEUBAUER, *The fin-de siècle culture of adolescence*, New Haven, 1992.

¹⁰⁸ «Mentre l'identità riguarda ciò che si è (di volta in volta, nelle varie fase dello sviluppo, il senso della propria identità riguarda ciò che si pensa o si sente di essere», PETTER, *Problemi psicologici della preadolescenza e dell'adolescenza*, Firenze, 1990, 265.

¹⁰⁹ ERIKSON, *Identity, youth and crisis*, New York, trad. it. *Gioventù e crisi di identità*, Roma 1974; MAGGIOLARO, *La Prospettiva Temporale nell'adolescenza*, cit., 6.

proiettato al futuro»¹¹⁰.

In tal senso, la prospettiva temporale soggettiva non è scindibile dall'ambiente sociale e dalle sue variabili, dalle caratteristiche culturali e dai valori del gruppo di appartenenza, che sono poi i costrutti di senso che definiscono i contenuti e le modalità di relazione tra i soggetti viventi. Tanto ha imposto, negli sviluppi degli studi, la valorizzazione del dato per cui nella nostra società il tempo è una dimensione dell'uomo che, insieme a quella dello spazio, sta subendo una trasformazione radicale; la svolta epocale del passaggio alla società industriale prima e a quella tecnologica poi, ha modificato completamente la modalità in cui è vissuta. Tutto è contemporaneo, ciò che avviene in America o in Asia giunge in tempo reale in casa nostra, senza distanze, come se appartenesse alla nostra stessa esistenza. Per questa ragione, il tempo ha perso il suo naturale sviluppo lineare, subendo una definitiva spazializzazione: tanti istanti permangono gli uni accanto agli altri senza legami di causalità o di corrispondenza¹¹¹. Non c'è più un tempo che si sviluppa continuamente, in cui passato, presente e futuro si legano senza sovrapporsi¹¹², perché la vita stessa viene percepita come un insieme di opportunità e di esperienze poste l'una accanto all'altra.

La questione epocale della tecnologia determina quindi un effetto generazionale che non può essere taciuto: in una realtà caratterizzata dalla velocità delle comunicazioni, dalla possibilità di percorrere spazi amplissimi in tempi eccezionalmente brevi, che apre quindi possibilità sconfinite, accade una trasformazione sostanziale nella percezione del futuro. L'unica dimensione riconosciuta *tende a rimanere* quella del *tutto e subito*¹¹³. I giovani sono, cioè, portati ad una *presentificazione costante: passiva*, per cui l'atteggiamento è rivolto alla rimozione degli aspetti negativi del passato ed in generale all'attribuzione di un significato minore agli avvenimenti già passati, in modo da non farsi condizionare da decisioni prese, e dover riflettere criticamente su di esse; *attiva*, per cui ciò che è stato è stato, senza lasciarsi influenzare da azioni o omissioni compiute e senza troppo preoccuparsi di ciò che potrà accadere in futuro. «Importante è esplorare il presente»¹¹⁴. La “sindrome di presentificazione”, nelle ricerche sperimentali, appare così chiaramente nell'inclinazione del ragazzo ad attribuire valore alle esperienze dell'oggi piuttosto che alla pianificazione del futuro: per molti adolescenti è fondamentale fare esperienza senza impegnarsi in scelte che si possano considerare in qualche modo “vincolanti”, perché viene considerato un tentativo di evolversi che mantiene in sé, sempre, la reversibilità, permettendo comunque di esplorare opportunità diverse

¹¹⁰ BERTIN-CONTINI, *Costruire l'esistenza. Il riscatto della ragione educativa*, Roma, 1983, 89 s.

¹¹¹ MANCANIELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19*, cit., 22.

¹¹² HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), Milano, 2011.

¹¹³ PIETROPOLLI CHARMET, *Giovani vs adulti: come crescere insieme*, Roma 2012.

¹¹⁴ MANCANIELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19*, cit., 25.

e mantenere il futuro aperto ad un ampio ventaglio di mete e di obiettivi¹¹⁵. Quanto detto prima vale dunque per l'adolescente di cinquant'anni fa e per quello contemporaneo, quanto appena messo in evidenza vale per quest'ultimo. Quanto ci si intrattiene di seguito a problematizzare, richiama in causa l'infradiciottenne con il quale si confrontano gli scenari attuali della pedopornografia, nella cui vita sociale si aggiunge un ulteriore elemento capace di *contaminarne ogni aspetto*: il suo dirompente coinvolgimento, attraverso le tecnologie, a giocare la parte maggiore di questi processi evolutivi proprio nella dimensione virtuale, piuttosto che in quella della vita reale. Egli *esiste nella società in quanto appare* attraverso le molteplici rappresentazioni di sé, anche nella relativa sessualità, nel mondo dei social network, fatto sostanzialmente di immagini, foto e video, visibili da un numero pressoché illimitato di persone¹¹⁶, in cui l'immagine diventa infine il dato tangibile ed immediato di una virtualità esistenziale che ridisegna per intero l'individuo ed i suoi tratti di umanità. Le indagini di approfondimento lasciano emergere in pieno un bisogno di essere visti che, agevolato dalla fluida velocità del contatto e da una accessibilità libera, sconfinata nel narcisismo quasi patologico¹¹⁷. Proprio qui, spunta l'attitudine, prevalente nel sottogruppo delle preadolescenti e dei giovani adolescenti, a trovarsi coinvolti in dinamiche di condivisione di immagini o video dal contenuto connotato sessualmente, in modo più o meno esplicito. Le conclusioni della scienza psicoanalitica sono in proposito nette: lo sviluppo della dimensione sociale rimane negato, non solo e non tanto per la realistica possibilità di trovarsi al centro di commenti negativi conseguenti alla pubblicazione di proprie immagini sessualizzate, capaci di ingenerare ansia, vergogna, ritiro sociale¹¹⁸. Una parte di realtà, questa, che del resto non è mostrata nello specchio della fattispecie incriminatrice in discorso. Il pensiero della psicoanalisi va ad altro. Più ricerche dimostrano che l'intensa crescita sociale nel mondo *online* dei c.d. nativi digitali - esattamente gli adolescenti dei nostri giorni - va di pari passo con la progressiva riduzione della loro socializzazione entro le dinamiche di quello reale, e tanto costituisce la condizione ambientale che ostacola o piuttosto rende incapaci di apprendere e strutturare competenze pro-sociali che varranno nell'intero corso della vita.

¹¹⁵ MANCANIELLO, *Adolescenti al tempo del Covid-19*, cit., 25.

¹¹⁶ Per la massiccia penetrazione delle tecnologie nello stile di vita dei giovanissimi, si rinvia al crescendo dei dati statistici di riferimento risultanti dall'indagine periodica "Abitudini e Stili di Vita degli Adolescenti Italiani", promossa nel corso degli ultimi 16 anni dalla Società Italiana di Pediatria su campioni rappresentativi della popolazione nazionale, in <http://sip.it/wp-content/uploads/2010/05/Generazione-I-like-Commento-Indagine-2013-2014.pdf>.

¹¹⁷ V. CESAREO-VACCARINI, *L'era del narcisismo*, Milano, 2012; TWENGE-CAMPBELL, *The Narcissism Epidemic: Living in the Age of Entitlement*, New York, 2009.

¹¹⁸ PELLAI, *Costruzioni di identità*, cit., 73; PELLAI-ERBA-CIAMPPELLI-IEMMI-BRONZIN-CAPOBUSSI-DEGNONI-GATTONI-CORRADIN, *Sexting: epidemiologia del fenomeno*, in *Minerva Pediatrica*, 2015, 67(1), 1-9.

In altre parole, rallenta o impedisce la maturazione delle capacità di elaborare un “progetto esistenziale” col quale pensare al futuro, anche nello svolgersi delle interrelazioni con gli altri. Le evidenze vengono alla luce nell’ambito di analisi neuroscientifiche, e quanto estratto rimane a descrivere una situazione che ha riflessi penalistici tutt’altro che scontati, apprezzabili in una visione esegetica orientata al principio di realtà: «Chi ha già sviluppato le proprie competenze sociali attraverso i canali tradizionali, ossia incontrando gli altri di persona, non subirà danni dai social network [...] Chi al contrario non ha ancora avuto l’occasione di sviluppare un comportamento sociale e fin da bambino o da ragazzo instaura gran parte dei propri contatti sociali in rete, vale a dire costruisce la propria sfera sociale nel mondo virtuale, corre il rischio di non acquisire una competenza sociale adeguata. Gli studi più recenti dimostrano che le aree del cervello responsabili del comportamento sociale non si sviluppano in maniera normale (nella socializzazione *online*)»¹¹⁹, conducendo ad effetti di *infantilità protratta dei figli di oggi* ed al “generale” *ingresso senza preparazione nella sessualità adulta*¹²⁰. Ultime ricerche, peraltro, stimano una confrontabile inversione di tendenza, di una certa percentuale di ragazzi che inizia a scegliere di attendere l’ingresso nella maggiore età prima di avere rapporti sessuali, in piena linea con le strette problematiche del ritiro sociale e della fuga nel virtuale¹²¹.

La ricaduta penale sul terreno del delitto di produzione del materiale pedopornografico è sistematica: fornisce un puntello argomentativo probante in corrispondenza all’esigenza di operare la diversificazione di distinti piani d’indagine temporale. Un bisogno che, più o meno consciamente, è penetrato dal più generico senso comune nella sequela esegetica sollecitata dalle Sezioni unite. Nel relativo articolarsi, la condizione temporale del consenso *dichiarato* dal minore “protetto”, calcolata attraverso la misura del tempo del suo oggetto, assume la funzione di condizione di realtà della scelta personale di libertà evolutiva, segnando le tappe potenzialmente avvistabili circa il grado di costruzione di identità da lui già conseguito, e della sua possibile/valida volontà di estenderlo lungo un proprio itinerario esistenziale di progettualità.

9. Cultura visuale e socialità del futuro dentro l’immagine individuale. Utilizzando gli strumenti fatti propri dall’arsenale pedagogico, psicoanalitico e psicoterapeutico, il tempo del delitto pedopornografico, compreso nell’oggetto della volontà libera del minore, naturalmente si divarica: tra ciò che è, e rimane presente, e ciò che invece presente non è mai stato. Tra la prospettiva

¹¹⁹ SPITZER, *Demenza Digitale*, Milano, 2015, 111 s.

¹²⁰ COLUCCI, *Genitori e figli*, cit., 66;

¹²¹ LANCINI (a cura di), *Il ritiro sociale degli adolescenti. La solitudine di una generazione iperconnessa*, Milano, 2019.

cronologica della realizzazione di un'immagine che il minore *vuole* "riservata" alla riproduzione del momento vissuto nell' "adesso" dell'attività sessualmente significativa; e quella in cui il minore partecipa alla contestuale *deliberazione* della sua diffusione ad altri, che è lo stesso tempo in cui il delitto si consuma (con la realizzazione dell'immagine)¹²².

L'immagine, pertanto, sta al cuore della figura delittuosa, con tutto il suo carico di speciale (dis)valore umano per la "presente" realtà identitaria del minore, giocata sulla scelta evolutiva da lui fatta. Che si possa al proposito ancora questionare sul senso della formula alfabetica «rappresentazione», a tutt'oggi risultante nella definizione legislativa introdotta nel 2012, al comma 7 dell'art. 600 *ter c.p.*, più che un problema è d'altronde un artificio, col "peccato" di un vistoso anacronismo. La soluzione del "caso", difatti, risale a tempi nemmeno recenti, quando spiccava, nel panorama dei documenti internazionali, la Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio d'Europa, col suo articolo di apertura. Forniva per la prima volta una vera e propria definizione tassativa di «pornografia» - segnatamente «infantile» - parlando di «materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente [...]» un bambino reale o realistico coinvolto in una condotta sessualmente esplicita. La selezione era tranciante nel dimostrare l'abbandono ermeneutico di una considerazione tanto generica da abbracciare «qualsiasi materiale audio e visivo che utilizzi bambini in un contesto sessuale»¹²³, e peraltro non più rinviabile, sollecitata da una società caratterizzata per l'esistenza di un'iconosfera sempre più estesa e pervasiva¹²⁴. In nome di una interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto della determinatezza e dell'offensività del reato, il concetto di forma descrittiva della realtà pedopornografica si è cucito attorno alla sua caratteristica visiva, svestendo il significato di registrazione fonica, o di racconto scritto o recitato di scene pornografiche aventi a protagonista un minore, e rimanendo esclusivamente nei tratti di «quel materiale che ritrae o rappresenta visivamente un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita [...]»¹²⁵.

¹²² Anche solo parzialmente secondo MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 519.

¹²³ Nella definizione adottata ancora nel 1989 dal Consiglio d'Europa.

¹²⁴ BOCCIA ARTIERI, *I media-mondo: forme e linguaggi dell'esperienza contemporanea*, Sesto San Giovanni, 2004; DORFLES, *Nuovi riti, nuovi miti*, Torino, 1965.

¹²⁵ In questo senso la giurisprudenza di legittimità precedente alla novella, v. Cass., Sez. III, 4 marzo 2010, n. 10981, con commento di ROLATI, *La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza*, nota a Cass. III, n. 10981/2010, in *Cass. pen.*, 2011. In dottrina, è solida la considerazione per cui trattasi di filmati su pellicola, nastro magnetico, supporto digitale abili a creare un rapporto visivo tra il fruitore ed il materiale stesso, con esclusione pertanto di descrizioni verbali, scritte, registrate o "in diretta" del coinvolgimento sessuale fisico del minore o della sua corporeità sessualmente significativa, così CADOPPI, *Art. 600 ter commi 1 e 2 c.p.*, in Aa.Vv., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 144 s.; DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in Aa.Vv., *I reati contro la persona*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Papa, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo*

È una premessa che il nuovo legislatore dell'art. 600 *ter* c.p. ha trovato quindi già consolidata nel senso culturale e giuridico del linguaggio moderno, tant'è che la sua "preoccupazione" è stata ben altra: delinearne una definizione aperta non tanto alle attuali quanto alle future ed ignote frontiere tecnologiche, segnalando come l'immagine si ammetta realizzabile «con qualunque mezzo». Ad oggi, dunque, che sia una classica macchina fotografica o macchina da presa cinematografica, analogica o digitale, che sia uno smartphone. Si tratta di mezzi differenti, processi distinti di produzione¹²⁶, ma che rappresentano la medesima *realtà*, di una esperienza sessuale del minore *realmente esistita*¹²⁷, attorno alla quale la fattispecie delittuosa dell'art. 600 *ter* c.p. rimane aggrappata dalla distanza che la separa dalla diversa realtà del virtuale, lasciata chiusa nel perimetro dell'art. 600 *quater.1* c.p.

Messo di fronte all'immagine e al suo ruolo nella descrizione dell'impatto aggressivo, ancora una volta, il discorso penale deve fare i conti con sé stesso: scienza empirica concettualmente fondata (in quanto scienza dell'uomo e del sociale), rischia di essere un "discorso puramente affascinante" se svincolato da un punto di riscontro nella dimensione esperienziale dell'umano¹²⁸, dove la dimensione prescrittiva ora si coniuga a quella adattativa¹²⁹ attraverso la dimensione culturale della sociologia visuale, risalendo nuovamente ai primi del Novecento, quando dirompono le trasformazioni medialità e delle pratiche della visione. In quegli anni si affrontavano i primi passi che porteranno alla formazione della *cultura visuale*, radice in ambito anglosassone dei *visual studies*, in cui si adotta una prospettiva di analisi delle modalità sociali di produ-

psico-fisico dei minori, Torino, 2006, 440 s.; PICOTTI, *Art. 600 ter comma 3*, in Aa.Vv., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, cit., 202.

¹²⁶ Per una sintesi dei differenti modi di produzione, analogico e digitale, v. ANGELUCCI, *Immagine digitale e persistenza del cinema*, in *Rivista di estetica*, 2011, n. 46, 5, nel senso che nel digitale è differente il modo produttivo dell'immagine, non più costituita secondo un procedimento analogico, come indice di un reale effettivamente esistente, ma sulla base di un algoritmo in sistema binario, a partire dal quale essa viene creata senza la necessità di una realtà effettiva che la preceda. Sulla indistinzione tra documento e simulazione nei media contemporanei e sulla possibilità, da parte del cinema contemporaneo, di farsi interprete del mondo riflette MONTANI, *L'immaginazione intermediale. Perilustrare, rifigurare, testimoniare il mondo visibile*, Roma-Bari, 2010.

¹²⁷ Cfr. ancora ANGELUCCI, *Immagine digitale e persistenza del cinema*, cit.: «Se l'immagine fotografica è necessariamente emanazione di un referente, se ci dice qualcosa circa la sua reale esistenza passata (da qui il paradosso temporale della fotografia, che ci presenta il passato, ci mostra una causa assente), non dovrebbe essere privo di conseguenze il fatto che questo tipo di immagine viene sostituita ora da un'immagine digitale che può essere in tutto e per tutto virtuale. Da una riproduzione tecnica, seppure inevitabilmente soggettiva, di eventi che hanno effettivamente avuto luogo, si è approdati a una ricostruzione, puntuale e persuasiva grazie alla precisione delle nuove tecnologie, di ciò che tuttavia potrebbe non essere mai avvenuto».

¹²⁸ Cfr., per queste considerazioni in sociologia, FERRAROTTI, *La storia e il quotidiano*, Roma-Bari, 1986; CAMPPELLI, *Il metodo e il suo contrario. Sul recupero della problematica del metodo in sociologia*, Milano, 1991; ID., *Da un luogo comune. Introduzione alla metodologia delle scienze sociali*, Roma, 1999.

¹²⁹ SENNET, *The Craftsman*, New Haven, 2008

zione, circolazione e fruizione delle immagini, mentre la scienza tedesca tentava di elaborare una teoria multidisciplinare dell'immagine sotto l'unitaria terminologia di *Bildwissenschaft*¹³⁰, in una concezione che unisse gli studi sulla percezione con quelli semiotici e pedagogici sull'apprendimento come strumento evolutivo, allontanando il *focus* euristico dalle teorie di carattere mediologico¹³¹.

Il dettaglio dell'espressione "cultura visuale", così, nasce dagli studi sul cinema di quei primi decenni del secolo trascorso¹³²: Béla Balázs la utilizza per indicare il mutamento antropologico dell'uomo, che ora si esprime attraverso il «linguaggio della mimica e dei gesti»¹³³, sancendo il cambiamento culturale determinato dal primato dell'immagine della dimensione visiva sulle parole e sul linguaggio orale; László Moholy-Nagy parla di *cultura della visione* per trattare le innovative possibilità consentite allo sguardo umano dai media quali fotografia e cinema¹³⁴; si scinde così la *visione*, con cui si fa riferimento a quanto l'occhio è fisiologicamente in grado di vedere, dalla *visualità*, che fa riferimento all'atto umano del vedere come pratica appresa, culturalmente e socialmente mediata¹³⁵. L'effetto, è quello di radicare un legame naturalistico e culturale tra cinema, immagine e realtà dell'uomo, fondamento di molte elaborazioni teoriche¹³⁶. Cito soltanto due autori per tutti, due capisaldi, André Bazin per primo. Il suo scritto *Ontologia dell'immagine fotografica* (1945) ha come fulcro teorico la capacità, propria dell'obiettivo, di operare un «transfert di realtà» dalla cosa alla sua riproduzione grazie alla genesi meccanica, automatica, del mezzo. Come se l'occhio fotografico ci costringesse a credere all'esistenza dell'oggetto, che in effetti viene ri-presentato. Nello snodo del suo pensiero, la nascita del cinema porta a compimento questo processo avviato dalla fotografia, aggiungendo all'immagine fissa delle cose il loro movimento e la loro durata: ciò che si mostra sullo schermo - questa la celebre formula di Bazin - è una «impronta digitale» della realtà¹³⁷. L'ulteriore riferimento su questo tema corre a Roland Barthes. Nella sua opera *La camera*

¹³⁰ Per una efficace sintesi dell'argomento, v. CONTI, *Le frontiere dello sguardo: la percezione visiva nella ricerca sociale*, in *Mondi e modi dell'abitare. Per una sociologia della convivenza*, a cura di Federici-Conti, Soveria Mannelli, 2019, 69-78.

¹³¹ BOCCIA ARTIERI, *I media-mondo*, cit.

¹³² PINOTTI-SOMAINI, *Cultura visuale. Immagini sguardi media dispositivi*, Torino, 2016.

¹³³ BALÁZAS, *Der Geist des Films* (1930), Frankfurt am Main, 2001; ID., *Der sichtbare Mensch oder die Kultur des Films*, Frankfurt am Main, 2001; PINOTTI-SOMAINI, *Cultura visuale*, cit., 6.

¹³⁴ MOHOLY-NAGY, *Malerei Fotografie Film*, Munich, 1925; PINOTTI-SOMAINI, *Cultura visuale*, cit., 4 ss.

¹³⁵ WATT, *The Urgency of Media Literacy in Our Post 9-11 world: Reading Images of Muslim Women in the Print News Media*, in *Journal of Media Literacy Education*, 2012, n. 1, 2012, 33.

¹³⁶ CASETTI, *L'occhio del Novecento. Cinema, esperienza e modernità*, Milano, 2005. Per una sintesi sul tema v. ANGELUCCI, *Immagine digitale e persistenza del cinema*, cit., 5-16.

¹³⁷ BAZIN, *Ontologia dell'immagine fotografica*, in *Che cosa è il cinema?*, Milano, 2000, 3-10 (ed. or. *Qu'est-ce que le cinéma?*, Paris, 1935).

chiara (1980) individua le differenze tra il referente della fotografia e quello degli altri sistemi di rappresentazione:

Chiamo «referente fotografico», non già la cosa facoltativamente reale a cui rimanda un'immagine o un segno, bensì la cosa necessariamente reale che è stata posta dinanzi all'obbiettivo, senza cui non vi sarebbe fotografia alcuna. La pittura, dal canto suo, può simulare la realtà senza averla vista. Il discorso combina segni che hanno certamente dei referenti, solo che tali referenti possono essere e sono il più delle volte delle "chimere". Nella Fotografia, contrariamente a quanto è per tali imitazioni, io non posso mai negare che la cosa è stata là¹³⁸.

Lo scenario così delineato si è di seguito arricchito anche grazie al contributo delle neuroscienze ed alla scoperta - negli anni Ottanta - dei cosiddetti neuroni specchio. Si viene a conoscenza di un dato fondamentale: ognuna di quelle immagini, fotografiche o video, innesca nel cervello della persona che la percepisce i circuiti neurali che si attiverrebbero se fosse quella stessa persona ad eseguire i gesti necessari a realizzare l'immagine¹³⁹. Ognuna sviluppa le reazioni delle persone a ciò che vi vedono in forza di una base neurofisiologica la cui analisi prosegue anche su di un altro livello teoretico. In questo *frame*, le emozioni, le azioni e i movimenti che l'"altro", la persona, vede rappresentate nell'immagine, stimolano in lui una risposta neurale simile: *come se fosse* colui che osserva a compiere i gesti, le azioni, a provare le emozioni impresse in essa¹⁴⁰. In breve, *l'osservatore reagisce come se fosse lui stesso, in prima persona, a fare esperienza della situazione rappresentata*¹⁴¹. Negli studi anglosassoni si parla efficacemente di *embodied simulation* per descrivere tutto *il potere delle immagini* nell'unità dell'apparente imitazione¹⁴², che crea l'equivalenza tra il vedere ciò che l'immagine riproduce e vedere *in situ* e dal "vivo" le interazioni umane che la rappresentazione "svela"¹⁴³. L'impostazione della sociologia visuale coglie da questo l'immagine come mezzo e tempo in cui il terzo che vede si traspone "dentro" e "tra" le persone raffigurate¹⁴⁴. Ci si riferisce, quindi, solo in premessa alla capacità delle persone di dare un significato a ciò che si vede accadere, *lato sensu* il "visto", in virtù del dinamismo attivato in coloro che vedono da risposte neurali simili a quelle di coloro che nelle azioni viste sono direttamente coinvolti¹⁴⁵. A stare a

¹³⁸ BARTHES, *La camera chiara. Nota sulla fotografia*, Torino, 2003, 77 s. (ed. or. *La chambre claire. Note sur la photographie*, Paris, 1980).

¹³⁹ PINOTTI-SOMAINI, *Teorie dell'immagine*, cit., 332.

¹⁴⁰ PINOTTI-SOMAINI, *Cultura visuale*, cit., 120 ss.

¹⁴¹ PINOTTI-SOMAINI, *Teorie dell'immagine*, cit., 332 s.

¹⁴² PINOTTI-SOMAINI, *Teorie dell'immagine*, cit., 339.

¹⁴³ PINOTTI-SOMAINI, *Cultura visuale*, cit., 119.

¹⁴⁴ MITTINI CARRÀ, *Un'osservazione che progetta. Strumenti per l'analisi e la progettazione relazionale di interventi nel sociale*, Milano, 2008, 22.

¹⁴⁵ PINOTTI-SOMAINI, *Teorie dell'immagine*, cit.

questa prospettiva, le immagini non rimangono materia inerte, che si lascia guardare, catturare dallo sguardo dell'osservatore, ma sono elementi capaci di *agire*, in modo non deterministico ma socialmente e culturalmente condizionato: con questa inclinazione concettuale non si attribuisce quindi all'immagine un "potere magico" proprio di una sorta di animismo postmoderno, ma si riconosce che alcune disposizioni antropologiche connesse al *visuale*¹⁴⁶ si intrecciano con i dinamismi neurofisiologici, spostando il centro della riflessione su di un'epistemologia del vedere in cui le persone conoscono non solo attraverso la capacità razionale, ma anche attraverso i percorsi della percezione visiva, ed in cui le immagini sono pensate "come se" fossero soggetti agenti, che incidono come fattore di interazione umana¹⁴⁷.

Parlando all'interprete penale, si può dire che, nel momento in cui altri attori sociali vedono l'immagine pedopornografica, visualizzano l'esperienza sessuale vissuta dal minore, e *partecipano* ad essa risultando anch'essi in rapporto diretto con lui. Perciocché, nel momento in cui il minore, nell'ora e adesso della produzione, prende parte (con il suo consenso) a deliberare la diffusione di quell'immagine prodotta, già non v'è più un presente, confinato nel tempo a rimanere tale, davanti al quale il minore adolescente ha in genere con sé gli strumenti antropologici-esistenziali che gli permettono di scegliere liberamente. Quando egli *vuole* che l'immagine diventi visualizzabile da altri, il presente inevitabilmente scompare, lascia il posto al *futuro* della sua identità calata nelle relazioni sociali, che solo *eventualmente* un adolescente - vieppiù quello dei giorni nostri - *può* volere, affermando il proprio diritto di libera progettazione di un momento che vede orientato ad inserirsi lungo la linea del suo disegno di Io.

10. *Guardare "il" minore oltre lo specchio, e vedere le sue possibili, libere, identità.* Tali considerazioni propongono in un modo inedito, solo parzialmente basato sulle neuroscienze, la considerazione di ciò che è vissuto dal minore "oggetto" del materiale pedopornografico. Con la scelta di diffondere la propria immagine di sessualità costui - per l'osservatore sociale, per l'interprete del caso - decide di aprire agli altri le sue relazioni intersoggettive, decide del suo futuro sociale, quando invece potrebbe non aver visto questa proiezione, e potrebbe non averla scelta come parte di un proprio programma esistenziale, vivendo solo in un presente (quello di cui ha esperienza nell'*hic et nunc* del realizzarsi dell'immagine) che continua ininterrotto.

L'esito di queste riflessioni è infine una sfaccettatura dell'offesa tipizzata nelle fattispecie pedopornografiche che asseconda la ricostruzione di una personale

¹⁴⁶ PINOTTI-SOMAINI, *Cultura visuale*, cit., 120.

¹⁴⁷ COLLINS, *Interaction Ritual Chains*, Princeton, 2004; ID., *Violence: A Micro-sociological Theory*, Princeton 2009.

cronologia del tempo in cui scompare l'utilizzazione del minore *come se fosse altro*, come se fosse una persona già tanto matura da scegliere anche una parte del proprio futuro (comma 1), come se fosse semplicemente un'immagine che agisce - non una persona che ha vissuto l'agire - di cui autonomamente disporre (nell'ipotesi della cessione o diffusione del materiale non consentita, decisa dal solo agente). In quello spazio, lasciato vuoto dall'illiceità penale, si manifesta invece uno *stato (anche solo ragionevolmente assimilabile ad uno) paritario dei partner sessuali rispetto all'esperienza sessuale vissuta* direttamente dall'adolescente, nella cui cornice la produzione del materiale *può* essere premessa anche di una sua reale diffusione senza per questo assumere l'inevitabile significato generale di invasione del diritto di libertà del minore d'età di costruirsi l'identità attraverso progressivi salti evolutivi, che assecondino la sua capacità di collegare il presente individuale al futuro sociale, seguendo un proprio progetto esistenziale in formazione.

La struttura tipica della fattispecie appare infine adeguarsi alla generale presentificazione generazionale, che dilata la cronologia anagrafica del periodo di immaturità fino alle soglie considerate minime dell'età adulta, e permette di *visionare* l'impedimento dell'adolescente "in quanto tale" nel *visualizzare* il presente come parte di un progetto esistenziale¹⁴⁸, ovvero nel compiere ora e adesso incursioni nel rapporto con l'altro che abbiano un significato ulteriore, di legame col domani e con la propria posizione nella comunità dei terzi; e di seguito nel deliberare la divulgazione (anche solo limitata) dell'immagine pedopornografica.

Ma ciò nulla toglie al compito dell'occhio giudiziario. La realtà del tipo e dell'offesa gli impongono di penetrare dall'"esterno" nelle personali dinamiche di formazione identitaria, senza ambire a farsi antropologo o psicologo, né educatore del giovane d'oggi, e senza rivagliare le analisi che dalle neuroscienze sono scaturite in campo di accertamento dell'imputabilità¹⁴⁹. Gli spet-

¹⁴⁸ COLUCCI, *Genitori e figli*, cit., 65.

¹⁴⁹ Sul tema, tra gli altri, PIETRINI, *ResponsabilMente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in Aa.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 317 ss.; SAMMICHELI-SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, ivi, 335 ss.; DE CATALDO NEUBURGER, *Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto*, ivi, 517 ss.; BIANCHI, *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in Bianchi-Gulotta-Sartori, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009; STRACCIARI-BIANCHI-SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010, 118 ss.; LAVAZZA-SAMMICHELI, *Il nuovo rapporto tra diritto e neuroscienza: il caso dello psicopatico*, in *Sistemi intelligenti*, Bologna, 2010, 241 ss.; INTRIERI, *Neuroscienze e diritto: una nuova teoria giuridica sulla mente*, ivi, 255 ss.; FORZA, *L'approccio convenzionalista del sapere giuridico e gli apporti delle neuroscienze nel processo*, ivi, 359 ss.; ID., *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Milano, 2010; SARTORI-RIGONI-MECHELLI-PIETRINI, *Neuroscienze, libero arbitrio, imputabilità*, in Volterra (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, 36 ss.; SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011; PASCULLI, *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali*, Roma, 2012; FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, 2719 ss.; DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013; EUSEBI, *Neuroscienze e diritto pe-*

ta, piuttosto, dimostrare un'oggettiva qualificazione del senso esistenziale ed evolutivo del fatto, assieme cognitivo, emotivo, psicologico, esperienziale ed ambientale, seguendo un percorso analogo, ma non uguale, a quello già imposto al consociato partecipe dell'interrelazione pornografica.

Il legislatore del 2012 in proposito ha formulato "richieste" distinte all'agente del delitto pedopornografico e all'agente dell'atto sessuale con minore, tenendo separate - a questo punto si comprende, appositamente -, la previsione dell'art. 602 *quater* da quella contemporaneamente ricodificata nel nuovo art. 609 *sexies* c.p. Il coefficiente minimo di rimproverabilità, limite estremo della responsabilità personale, in entrambi i casi implica un "*impegno*" *conoscitivo*, da parte del "colpevole", segnato da una visione che non è di superficie e che *non potrà certo esaurirsi nel mero affidamento delle dichiarazioni del minore, che la comune esperienza insegna bene quanto possano essere mendaci in simili contesti*; lo differenzia, tuttavia, in forza dell'assunto parametro della *proporzionalità* dell'impegno stesso *alla pregnanza dei valori* di volta in volta *in giuoco*¹⁵⁰. La direzione impressa all'art. 602 *quater* c.p. in questo senso diventa priva di ombre. Chiara, è quella di conoscere la persona che si ha davanti attraverso i dati apprezzabili non solo nel singolo momento episodico dell'attività da qualificare penalmente, ma nello svolgersi anche di una previa interrelazione soggettiva che gli permetta di comprendere più a fondo il grado di formazione identitaria del minore, secondo gli ordinari strumenti cognitivi del "chiunque" che si impegni a verificare previamente il grado di avanzamento nell'esperienza umana, individuale e sociale dell'adolescente con cui si confronta. Si intende la rappresentazione della sua cerchia amicale (i c.d. pari, per solito i coetanei), del contesto familiare, scolastico o lavorativo in cui si sviluppa la sua personalità, di precedenti esperienze affettive o specificamente sessuali. Si intende lo sforzo di riconoscere il grado

nale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà, in *Il diritto nelle neuroscienze: non "siamo" i nostri cervelli*, a cura di Palazzani-Zammotti, Torino, 2013; FLICK, *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Riv. AIC*, 2014, n. 4, 3 ss.; MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 681 ss. Con più specifico riferimento al tema dell'imputabilità, PULITANO, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006, n. 1, 248 ss.; MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 175 ss.; CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 509 ss.; NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà del volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 500 ss.; GRANDI, *Sui rapporti tra Neuroscienza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1249 ss.; ID., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, Torino, 2016; INGINO-SCARFATO, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive. Criteri giuridici e conoscenze scientifiche nella valutazione della responsabilità penale*, Padova, 2016; INGINO-SCARFATO, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive. Criteri giuridici e conoscenze scientifiche nella valutazione della responsabilità penale*, Padova, 2016; BERTOLINO, *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., 143- 164.

¹⁵⁰ Considerazioni sulla falsariga della chiara motivazione della scusabilità che è stata estratta, da parte della Corte cost. n. 322 del 2007, dal principio dell'art. 609 *sexies* c.p.

di maturità di colui con il quale ci si appresta ad affrontare un momento che può essere espressione del suo diritto di partecipare alla propria evoluzione identitaria nel futuro, oppure la sua negazione.

Sta al giudice, di seguito, procedere alla verifica parallela della realtà effettiva, «attraverso un'accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell'agente», ancorandoli con ciò «ad elementi sintomatici ... ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento» - di interruzione di una *personale* evoluzione nella costruzione identitaria in cui è il *soggetto minore* che *deve essere protagonista* - «quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata»¹⁵¹.

La metodologia di cui avvalersi? Quella sperimentale della psicologia attuale, che si volge a ricerche di carattere qualitativo, ove i dati raccolti sono analizzati nella loro particolarità ed unicità, come espressione di uno specifico minore in uno specifico contesto ambientale e territoriale, senza necessariamente voler arrivare a generalizzazioni o affermazioni di tipo comparativo, esplorando la descrizione che il minore ha e fa di sé utilizzando l'autoriflessione e i *feedback* di altri significativi soggetti, quali genitori, familiari, insegnanti, amici e compagni di scuola¹⁵². In cui hanno peso, tra l'altro, cinque fattori considerati principali componenti della prospettiva temporale soggettiva: il significato assunto dal passato (negativo o positivo), il senso attribuito al presente (edonistico o fatalistico), il senso del futuro¹⁵³. Si stima, in particolare, che un passato rispetto al quale si nutre una visione negativa, ed un presente edonistico, in cui prevalga l'atteggiamento impulsivo al piacere del momento, implicino poca considerazione per le conseguenze future; mentre il rapporto con il futuro si misura sulla base della capacità, fattualmente dimostrata dal ragazzo, di portare a termine progetti in tempo facendo costanti progressi, mantenere i propri impegni e doveri, resistendo alle «tentazioni» piacevoli del presente o, di contro, dalla mancanza di programmazione progettuale¹⁵⁴. In uno, s'è detto, al rilevarsi di un suo personale sviluppo di competenze sociali «affettive» non *virtuali*, ovvero non mediate dalla distanza della tecnologia. Una scala di misurazione che appare consentanea a valorizzare proprio quei dati del caso concreto dal quale è fuoriuscito il principio di diritto del 2021: era costruito

¹⁵¹ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. Cass., Sez. V, 2 marzo 2017, n. 17795, in *Mass. Uff.*, n. 269621.

¹⁵² V. NICOLINI-CHERUBINI-BOMPRESZI, *La costruzione dell'identità negli adolescenti tra immagini dirette e riflesse*, in *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2009, 1, 387 ss.

¹⁵³ MAGGIOLARO, *La Prospettiva Temporale nell'adolescenza*, cit., 7 ss.

¹⁵⁴ MAGGIOLARO, *La Prospettiva Temporale nell'adolescenza*, cit., 7 ss.

attorno alla vicenda sessuale di una minorenni, impegnata in una relazione intima non fugace, che già aveva “esplorato” il mondo reale dei rapporti sentimentali. Si “illumina” da qui la prospettiva di un certo grado di evoluzione identitaria del minore *de quo*, e l’inquadratura più netta di una sua scelta libera di “trasformarsi” ancora, al contatto con una nuova sfera di socialità.

Alfine, si apprezza una mutata consapevolezza della realtà penale della pedopornografia, e della persona minore d’età che vi partecipa rimanendone protagonista, vittima o meno che si possa qualificare. Avere chiare le trasformazioni epocali in atto e, soprattutto, il concetto di personale-individuale dinamicità della formazione evolutiva dell’identità “immatura”, implica la rinuncia ad interpretazioni generali ed astratte riferite a processi o a meccanismi di una altrettanto astratta e universale “natura umana”, quasi già data nella sua forma invariabilmente “incompiuta”¹⁵⁵. L’identità del minore, che si cerca attraverso lo specchio, può vedersi frutto e fotografia di una società che modella dal di fuori - e modellando altera la singolarità - oppure può trovare riflessi della sua particolarità, i tratti di un’identità personale volontariamente scelta, e dai contorni già sufficientemente definiti¹⁵⁶, sebbene sempre capaci di continuare a svilupparsi.

¹⁵⁵ Cfr. SCACCIATI-PAOLICCHI, *Il volontariato come produzione di identità*, in *Orientamenti Pedagogici* 1998, n. 45, 122-136.

¹⁵⁶ COOLEY, *Human Nature and the Social Order*, Glencoe, 1956, 184; MEAD, *Mente, sé e società*, trad. it., Firenze, 1966.