

QUESITI

MALAIKA BIANCHI

Per una tipizzazione della produzione e diffusione di “pedo-pornografia domestica”

Da circa un decennio la giurisprudenza sta progressivamente “riscrivendo” il dettato normativo dei delitti di pedo-pornografia per adattarli al fenomeno del *sexting* minorile. Partendo dalla più recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sul tema, si evidenziano i limiti e i pericoli della previsione, a livello esclusivamente ermeneutico, sia di sotto-fattispecie incriminatrici sia della non punibilità della “pedo-pornografia domestica”. Confidando in una necessaria presa di posizione del legislatore, nel contributo si propone una riscrittura dell’art. 600-ter c.p. e un suo coordinamento con l’art. 612-ter c.p., al fine di individuare una cornice più ragionevole e proporzionata per la disciplina delle condotte che ruotano attorno al *sexting* minorile.

A New Legal Framework for the Regulation of “Domestic Child Pornography”

During the last decade the case law has been continuously and progressively “re-drafting” child pornography crimes in order to adapt them to the phenomenon of child sexting. Starting from the most recent decision of the “Corte di Cassazione a Sezioni unite” on this issue, we underline the limits and dangers of delegating to the case law the introduction of new sub-crimes and the non-criminalization of domestic child pornography’. Trusting in a necessary stance of the legislator, this article proposes a re-drafting of Article 600-ter of the Criminal Code and its coordination with Article 612-ter of the Criminal Code, in order to identify a more reasonable and proportionate framework for regulating child sexting.

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza si sostituisce al legislatore nella disciplina del “*sexting* minorile”. - 2. Forzatura della tipicità normativa a livello giurisprudenziale: aspetti critici e rischi. - 3. La non punibilità della produzione di pedo-pornografia domestica e l’esigenza di un confronto multidisciplinare. - 4. Incriminazione della diffusione di pedo-pornografia domestica. - 5. Studio sulla riscrittura del 600-ter c.p. attraverso le lenti dei principi di frammentarietà, *fair labelling* e proporzionalità. - 6. Conclusioni.

1. *La giurisprudenza si sostituisce al legislatore nella disciplina del “sexting minorile”*. Diciamolo chiaramente, non si può più attendere una presa di posizione del legislatore in tema di “*sexting* minorile”¹. Non è ammissibile continuare a delegare alla giurisprudenza la scelta punitiva in patente violazione del principio di legalità, soprattutto in un tema tanto delicato quanto è quello della tutela di soggetti minorenni. E la recentissima pronuncia della Cassazione a

¹ Ci riferiamo, in questo contesto, sia alle immagini sessuali auto-prodotte dal minore, sia alle immagini etero-prodotte con il consenso del minore ritratto, in assenza di strumentalizzazione, coartazione, induzione, ecc. Anche la nuova formulazione normativa che proponiamo comprende sia la diffusione di immagini etero-prodotte che auto-prodotte (v. par. 4 ss.).

sezioni Unite² ne è la dimostrazione: dopo solo tre anni dall'ultima decisione della Corte, nella medesima composizione, sull'interpretazione del reato di produzione di pedo-pornografia, quest'ultima è stata infatti nuovamente chiamata ad esprimersi in merito alla configurabilità di tale fattispecie criminosa nell'ipotesi in cui la pedo-pornografia sia "domestica", ossia, usando le parole delle Sezioni Unite del 2018, quando il materiale è realizzato con il coinvolgimento di minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale, nei casi in cui è prodotto e posseduto con il consenso di tali minori ed unicamente ad uso privato delle persone coinvolte³. Ricordiamo come questa delimitazione della sfera del penalmente rilevante, contenuta in un *obiter dictum* della sentenza del 2018, derivi dall'interpretazione restrittiva che la Corte ha fornito al concetto di "utilizzo" del minore per la produzione del materiale (art. 600-ter, comma 1, c.p.) e dall'applicazione del principio costituzionale di ragionevolezza, che renderebbe ingiustificabile il severissimo trattamento sanzionatorio previsto (sia per quanto concerne le pene principali che le pene accessorie) se riferito alla produzione di pedo-pornografia "non abusiva".

Ora, l'ordinanza di rimessione del 22 aprile 2021 della Terza Sezione della Corte di Cassazione ha messo in discussione l'orientamento delle Sezioni unite del 31 maggio 2018 in tema di pedo-pornografia domestica "se non altro sotto il profilo della sua non completezza". Ha chiesto, in primo luogo, se la produzione di tale materiale nell'ambito di una relazione fra un adulto e un minore possa ritenersi avvenuta nel contesto di una "relazione interpersonale

² Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616. Non si intende in questa sede annotare i singoli passaggi della sentenza, ma piuttosto porre in evidenza i profili di criticità delle proposte ermeneutiche e proporre una riformulazione normativa con l'obiettivo di giungere ad una maggiore chiarezza. Per i commenti alla sentenza si rinvia a BERNARDI, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della "pedopornografia domestica" ai sensi dell'art. 600-ter c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 25 febbraio 2022; ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, in *www.sistemapenale.it*, 15 aprile 2022; RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, in *Giur. it.*, 2022, 1470 ss.

³ Cass., Sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815, par. 4.1. Fra i commenti, cfr. 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, 1, 187-192; ROSANI, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 9-32; BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1-25.

paritaria”; ha escluso che il minorenni sia capace di prestare un valido consenso alla diffusione, cessione o divulgazione di tale materiale, tema non affrontato nella sentenza del 2018; ha espresso dubbi in ordine alla equiparazione, effettuata sempre dalla Corte a Sezioni unite del 2018, fra l’età del consenso alla produzione di immagini pedo-pornografiche e l’età prevista dalla legge per il consenso agli atti sessuali (art. 609-*quater* c.p.), focalizzando l’attenzione sui rischi derivanti dalla potenziale diffusione di questo materiale.

La Corte, chiamata a rispondere a tutti questi interrogativi, non ha avuto sicuramente un compito semplice. Si tratta, infatti, di temi molto complessi che richiedono riflessioni profonde ed attente, in cui l’interprete dovrebbe rintracciare un equilibrio fra un doveroso e legittimo intervento paternalistico a protezione dei minorenni, soggetti vulnerabili, e il riconoscimento di una loro, seppur limitata, sfera di autodeterminazione nella “manifestazione in immagine della sessualità”, una nuova forma di espressione dell’intimità sessuale attraverso gli strumenti informatici. E tutto ciò senza avere una chiara guida da parte del legislatore e quindi basandosi su reati, i delitti di pornografia minorile, introdotti molti anni fa per disciplinare un fenomeno diverso, quello dello sfruttamento sessuale dei minori, della strumentalizzazione della loro immagine, del mercato della pedofilia.

Consideriamo che i delitti in questione sono stati emendati in più occasioni, ma mai per adeguarli al nuovo fenomeno del *sexting* minorile. Il legislatore avrebbe, per esempio, potuto introdurre le cause di non punibilità proposte, seppur con formulazioni differenti, sia dalla Decisione quadro 2004/68/GAI, sia dalla Direttiva 2011/93 UE, sia dalla cd. Convenzione di Lanzarote, le quali riservano alla discrezionalità degli Stati la possibilità escludere dal perimetro dei delitti di pornografia minorile le ipotesi in cui le immagini siano realizzate senza l’abuso del minore che ha raggiunto l’età del consenso sessuale, con il suo consenso e per uso personale delle persone coinvolte⁴. Avrebbe avuto più occasioni per farlo. Ricordiamo che nei d.d.l. n. 4599 del 2004 e n. 3503 del

⁴ Cfr. Art. 3, comma 2, della Decisione quadro 2004/68/GAI; art. 8, par. 2 e 3, della Direttiva 2011/93/UE; art. 20, comma 3, della Convenzione di Lanzarote.

2005⁵, che hanno portato all’approvazione della L. n. 38/2006, erano previste, con contenuti in parte differenti, cause di non punibilità a favore del produttore e detentore di immagini realizzate con il consenso del minore che avesse raggiunto l’età del consenso sessuale. Eppure esse furono espunte nella versione definitiva della legge e ciò in seguito a una serie di obiezioni emerse in sede di discussione, fra cui i rischi derivanti dal possesso di tale materiale “privato”, potenziale strumento di ricatto o minaccia di diffusione. Il legislatore aveva quindi scelto consapevolmente di far prevalere l’intervento paternalistico sul riconoscimento di uno spazio di autonomia sessuale del minore in questo contesto.

Non ha cambiato idea neppure con la legge n. 172/2012, quando il fenomeno del *sexting* minorile già esisteva da anni, come dimostrano diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità, che peraltro negavano qualsiasi valore al consenso del minorenne in questo contesto⁶.

Né in quell’occasione né in altre, dunque, il legislatore ha voluto rivedere la configurazione tipica di questi delitti in modo, da un lato, da escludere chiaramente la perseguibilità della produzione di immagini a contenuto sessuale realizzate con il valido consenso del minore ultraquattordicenne, e dall’altro, di eliminare il rinvio “al materiale di cui al primo comma”, contenuto nei commi 2 e ss. dell’art. 600-*ter* c.p., così da scindere il legame che collega tutte le fattispecie previste dalla norma e quindi poter perseguire anche la diffusione di immagini pedo-pornografiche prodotte senza l’“utilizzo” del minore (come, per esempio, *selfie* pedo-pornografici e immagini prodotte dal partner in un contesto consensuale e volontario).

Insomma, il legislatore non ha mai voluto disciplinare il fenomeno tanto attuale del *sexting* minorile, nonostante la sua complessità e problematicità sia ormai da alcuni anni oggetto di approfondimenti criminologici e giuridici e nonostante questo *vacuum* legislativo stia creando non poche difficoltà nella prassi.

⁵ V. d.d.l. n. 4599, presentato alla Camera il 13.1.2004 e d.d.l. n. 3503, trasmesso al Senato il 20.6.2005.

⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 43414; Cass., Sez. III, 23 novembre 2011, n. 1181; Cass., Sez. III, 21 novembre 2012, n. 47239; Cass., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 39872.

Bisogna, però, dare atto del fatto che si è affrontato a livello legislativo il più generale tema della diffusione non consentita di immagini a contenuto sessuale in un'altra sede, ossia nell'ambito del nuovo art. 612-*ter* c.p. (da tutti conosciuto come *revenge porn*), ma senza far riferimento alcuno, neppure nelle circostanze aggravanti, al minorenni. Tuttavia, come approfondiremo più avanti, il presupposto, previsto dalla norma, dell'“assenza di consenso alla diffusione”, rende inadeguata l'applicazione di questa nuova fattispecie alle rappresentazioni che ritraggono minorenni. È stata forse un'occasione persa per operare una chiara distinzione fra i due fenomeni (pedo-pornografia e *sexting* minorile) e per cercare di disciplinare con attenzione le ipotesi in cui essi si sovrappongono e si intersecano.

In assenza di una presa di posizione del legislatore, è stata quindi chiamata la giurisprudenza ad individuare un bilanciamento fra la tutela della autodeterminazione sessuale del minore in questo contesto e la necessità di salvaguardarlo da forme di coercizione o di condizionamento della sua stessa volontà (ossia dalla cd. “produzione abusiva” di pedo-pornografia), nonché dai danni che, acconsentendo alla creazione e diffusione di proprie immagini intime, può arrecare a se stesso e ai minori come gruppo sociale. Perché, come riconosce la stessa pronuncia delle Sezioni unite, l'interesse tutelato da questi reati ha un doppio volto: quello individuale (“immagine, dignità e corretto sviluppo psico-fisico del minore”) e quello collettivo (“tutti i minori, anche non direttamente coinvolti”)⁷. La repressione della circolazione di queste immagini sarebbe, pertanto, anche funzionale a evitare che si alimentino condizioni favorevoli per futuri abusi e sfruttamenti sessuali di minorenni.

Se prendiamo in esame le prime sentenze della Corte di cassazione che si sono dovute confrontare con il fenomeno del *sexting* minorile, possiamo notare come progressivamente, nel corso degli anni, la posizione della giurisprudenza di legittimità sia mutata relativamente alla rilevanza del consenso del minore alla produzione di proprie immagini a contenuto sessuale in un contesto intimo e privato: nelle sentenze depositate dal 2010 al 2012⁸ veniva negato qualsiasi

⁷ Cass. pen., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 25.

⁸ V. *supra*, nota n. 4.

valore all'autodeterminazione del minore in questo contesto, e così fino ad una timida apertura con la sentenza della Corte di cassazione del 21.3.2016, n. 11675, in cui la Corte estrometteva dall'oggetto materiale dei reati di pedo-pornografia i *selfie* pedo-pornografici realizzati dal minore ritratto in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto. La Corte, tuttavia, non dedicava alcun approfondimento al tema del consenso del minore alla produzione del materiale da parte di terzi, anzi ne dichiarava, a priori, l'irrilevanza⁹. Provengono piuttosto dalla giurisprudenza di merito i primi coraggiosi riconoscimenti del valore del consenso manifestato dal minore ultraquattordicenne¹⁰, e ciò fino alla pronuncia delle Sezioni unite n. 51815 del 2018. In quella sede, tuttavia, come abbiamo già accennato, la Corte non si esprimeva in ordine al ruolo del consenso del minore alla diffusione delle immagini prodotte consensualmente. Saranno le Sezioni semplici, nel 2020, a rivedere la propria posizione del 2016, statuendo che anche la diffusione di *selfie* pedo-pornografici poteva integrare il reato, in quanto in ordine alle condotte diffusive (art. 600-ter, commi 2 e ss., c.p.) l'interprete non avrebbe più dovuto fare riferimento alla modalità di produzione dell'immagine ma esclusivamente alla natura pedo-pornografica del materiale¹¹. Quest'ultima decisione però rispondeva solo al *petitum* sottoposte, ossia alla cessione di pedo-pornografia auto-prodotta. *Quid iuris* in merito alla cessione/diffusione di immagini etero-prodotte con il consenso del minore?

⁹ Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, 4. Per un approfondimento, BIANCHI, *Il "Sexting minorile" non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 138 ss.

¹⁰ Corte App. Milano, ud. 12.3.2014, Pres. Rizzi, Est. Domanico, *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 17.6.2014, con nota di SASSAROLI, *In tema di detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto: una sentenza assolutoria della Corte d'Appello di Milano*, Trib. Firenze, 27.1.2015 (dep. 10.2.2015), n. 163, G.I.P., in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 22.4.2015 con nota di VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*.

¹¹ Cass., Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 5522, par. 9.2, con nota di ROSANI, *Cessione di immagini pedo-pornografiche autoprodotte ("selfie"): la Cassazione rivede la propria lettura dell'art. 600ter*, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2020.

Su quest'ultima questione si concentra appunto la sentenza delle Sezioni unite n. 4616 del 2022, in cui la Corte, se da un lato ribadisce la atipicità della produzione di pedo-pornografia domestica rispetto alla fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600-*ter* c.p., dall'altro afferma chiaramente che il minore, a differenza dell'adulto, non può mai prestare un valido consenso alla diffusione delle proprie immagini a contenuto sessuale, perché non ha la maturità per valutare in modo consapevole i rischi derivanti da tale scelta.

Se questa opzione interpretativa è nella sostanza condivisibile, anche in considerazione dell'esigenza paternalistica di tutelare il minore in questo ambito, ciò che lascia perplessi è l'evidente forzatura della tipicità normativa a cui si è spinta la Corte. Con riferimento alla condotta di produzione di pedo-pornografia, attraverso una interpretazione restrittiva del concetto di "utilizzazione", la Corte ha sostanzialmente escluso la tipicità della produzione di pedo-pornografia domestica, ritenuta inoltre inoffensiva rispetto al bene giuridico dello sviluppo psico-fisico dei minori. In questo contesto ha valorizzato il consenso del minore ultra-quattordicenne, definendone i limiti attraverso un parallelismo con gli atti sessuali con minorenni, e quindi vicariando la disciplina dall'art. 609-*quater* c.p. (riproducendo le medesime soglie di età, ossia quattoridici/sedici/diciotto anni a seconda del rapporto intercorrente fra il minore e l'agente). Come approfondirò più avanti nel testo, si tratta, ad avviso di chi scrive, di un'operazione ardita, dal momento che fino ad oggi la scelta di attribuire efficacia giuridica alle manifestazioni di volontà del minore è sempre stata effettuata dal legislatore, se si pensa ai vari reati in cui il consenso del minore di un determinata età esclude la tipicità del fatto oppure comporta una riduzione di pena.

Anche con riferimento alle condotte diffusive si è manipolata non poco la lettera della norma, ignorando il rinvio esplicito contenuto nelle fattispecie di cui ai commi 2 e seguenti dell'art. 600-*ter* c.p. al "materiale di cui al primo comma" e dunque, evidentemente, al materiale prodotto con l'utilizzazione del minore. Ci sono i margini per poter discutere sul carattere analogico di questa opzione interpretativa¹², che sappiamo non può trovare una giustificazione nella necessità di colmare una lacuna normativa, poiché, come già sottolineato in dottrina,

¹² V., in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675.

è proprio in questi casi che dovrebbero attivarsi le garanzie poste dal principio di legalità¹³. Il divieto di analogia è un principio che caratterizza proprio la materia penale, ove le lacune sono solitamente frutto di scelte operate consapevolmente da legislatore¹⁴, che ha deciso di perseguire, tra i diversi comportamenti potenzialmente lesivi di un bene, una determinata modalità di lesione, poiché meritevole di assurgere a reato e della conseguente sanzione penale, o quantomeno a quel reato e di quella cornice sanzionatoria. Una delle funzioni riconducibili al principio di frammentarietà, alla base del quale si fondano queste riflessioni, è infatti anche quella di differenziare le fattispecie normative sulla base delle diverse *species* socio-criminologiche sottostanti¹⁵. Nel tema che ci occupa, non a caso, il legislatore italiano ha specificato l'elemento dell'"utilizzo" del minore quale modalità di produzione del materiale. Ma non solo: ha anche connesso a questo iniziale presupposto, con il rinvio al "materiale di cui al primo comma", tutte le fattispecie successive¹⁶.

Sempre in tema di circolazione delle immagini, la Corte non solo prescinde dall'"utilizzo" del minore nelle condotte diffusive, ma distingue l'ipotesi in cui la diffusione sia stata già voluta al momento della produzione del materiale (in questo caso può ritenersi integrata la più grave fattispecie di produzione di pedo-pornografia), dall'ipotesi in cui la diffusione del materiale sia frutto di una successiva determinazione del produttore (in questo caso può ritenersi integrato il reato di diffusione, punito meno severamente). È ragionevole questo distinguo: come ho sostenuto in alcuni scritti, nell'ottica di un ipotetico intervento legislativo riformatore, la produzione finalizzata alla diffusione implica

¹³ RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, cit., 1474.

¹⁴ Sul conflitto fra "bisogno di colmare lacune" e i principi di frammentarietà e sussidiarietà v. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, 79 ss.

¹⁵ Per approfondimenti v. CADOPPI, *"Un bacio è solo un bacio". Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 1, 43 ss.; si consenta, inoltre, di rinviare a BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, 2019, 557 ss.

¹⁶ Riconosciamo che questa opzione legislativa si discosta dalla Direttiva 2011/92/UE che, come correttamente precisano le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616), nel prevedere il divieto di circolazione di queste immagini, prescinde dalla modalità della loro produzione. Anche per questo motivo sarebbe opportuna una riforma di queste fattispecie, maggiormente in linea con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, e capace di distinguere opportunamente i diversi fenomeni.

ab origine una “strumentalizzazione del minore” del minore e pertanto è conforme al principio di proporzione che venga sanzionata diversamente dalla diffusione *sic et simpliciter*¹⁷. Nell’ambito di un eventuale emendamento si potrebbe prevedere, per esempio, una sotto-fattispecie di produzione finalizzata alla commercializzazione o alla diffusione del materiale, similmente alla disciplina presente in Germania e soprattutto in Austria in materia¹⁸. Ma deve trattarsi, anche in questo caso, di una scelta legislativa.

2. *Forzatura della tipicità normativa a livello giurisprudenziale: aspetti critici e rischi*. Il fatto di scardinare a livello giurisprudenziale il confine della tipicità di questi reati in modo da disciplinare il fenomeno del *sexting* minorile, una realtà che il legislatore ha sostanzialmente fino ad oggi ignorato, prevedendo una serie di sotto-ipotesi di costruzione puramente ermeneutica, è molto pericoloso e rischioso per una serie di ragioni.

Vi è il rischio, innanzitutto, di “lasciare fuori” ipotesi che prima o poi si porranno all’attenzione della giurisprudenza e che non troveranno nelle indicazioni fornite dalla recente Sentenza delle sezioni unite una guida esaustiva. Possiamo notare, infatti, come nelle diverse pronunce della Corte di legittimità su questo tema, ognuna si sia occupata solo di una delle modalità dell’azione, mentre tutte fanno parte del medesimo fenomeno (auto-produzione, etero-produzione, invio autonomo di immagini auto-prodotte, invio da parte di terzi di immagini auto-prodotte, addirittura il fotografare la foto autoprodotta dal minore, e altre infinite ipotesi). La Corte, per esempio, afferma esplicitamente che non intende affrontare il tema delle immagini auto-prodotte e sostiene che la pedo-pornografia domestica si riferisca solo al materiale etero-prodotto¹⁹. Questa era, invece, l’occasione per fare chiarezza. Perché differenziare il materiale auto-prodotto da quello etero-prodotto con il consenso del minore? Entrambi possono essere realizzati volontariamente e liberamente oppure sotto

¹⁷ V., nell’ambito di un ragionamento più ampio e articolato, BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 419 ss.

¹⁸ V., per la disciplina in Germania, l’§ 184c StGB e, per la disciplina in Austria, § 207a StGB.

¹⁹ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 24, par. 9.2. v. ROSANI, *L’introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la “pornografia minorile domestica”: pensieri critici*, cit., 4.

costrizione, con abuso o attraverso induzione, ed entrambi possono essere successivamente diffusi con o senza il consenso del minore ritratto.

In secondo luogo, affidare alla giurisprudenza la disciplina di un fenomeno così complesso (soprattutto per le sue implicazioni criminologiche, sociologiche, pedagogiche, informatiche, ecc.) sconta il limite dell'assenza dell'armamentario metodologico di cui dispone il legislatore, del tempo e del confronto che caratterizzano la discussione di un progetto di legge, dell'ausilio di esperti di varie discipline, che diventa fondamentale nell'osservazione di fenomeni trasversali come quello che ci occupa.

Questo limite emerge con evidenza nell'affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui il minore può essere ritenuto responsabile per il delitto di diffusione di pornografia minorile per aver messo in circolazione le proprie immagini a contenuto sessuale²⁰. Si tratta di una statuizione pericolosa, che si pone in contrasto con i più recenti documenti sovranazionali che si sono espressi sul tema, i quali specificano che il ricorso ai delitti di pedo-pornografia deve rappresentare una *extrema ratio* quando l'autore è un minore e che deve essere data priorità a strumenti più appropriati, come a misure educative e terapeutiche²¹. Forse la Corte, che affronta questo argomento nel passaggio

²⁰ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 25, par. 9.3.

²¹ *Opinion on child sexually suggestive or explicit images and/or videos generated, shared and received by children, Adopted by the Lanzarote Committee on 6 June 2019* (fra le condotte a cui si fa riferimento vi è la diffusione da parte del minore del materiale autoprodotta che lo rappresenta). Segnaliamo che già nei lavori preparatori della Direttiva 2011/93/UE era stata proposta l'introduzione di un nuovo comma relativo alla previsione di misure alternative e rieducative per i minori che si rendano responsabili di questi comportamenti [*Les États membres font en sorte qu'en cas d'infraction de nature pédopornographique au sens de l'article 5 commise par un enfant, celle-ci fasse l'objet de mesures alternatives adaptées aux besoins de rééducation particuliers prévus par le droit national et qu'il soit tenu compte de l'âge du délinquant, de la nécessité d'éviter la criminalisation et de l'objectif de réinsertion sociale de l'enfant*]. La motivazione è la seguente: "*En cas d'infractions liées à l'utilisation des TIC, de plus en plus répandues entre enfants dès l'école et s'inscrivant souvent dans des pratiques d'intimidation, il est essentiel de punir ces comportements par des mesures adéquates, même si le délinquant est un enfant*" (Emendamento n. 25) (http://www.europarl.europa.eu_sides_getDoc.do_pubRef=-_EP_NO NSGML+COMPARL+PE-452.pdf). V., inoltre, *General Comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to digital environment* (par. VII), 2 March 2021. Da ultimo, il Comitato di Lanzarote ha pubblicato un recentissimo studio, a cui si farà accenno più avanti, con importanti raccomandazioni rivolte ai legislatori dei singoli Stati, in merito alla non incriminazione, nell'ambito dei delitti di pedo-pornografia, delle "immagini sessuali autoprodotte dal minore" (v. *Lanzarote Committee, The Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse Facilitated by Information and Communication Technologies (ICTs) Addressing the Challenges Raised by Self-Generated Sexual Images and/or Videos, 10 March 2022*).

della motivazione in cui parla della responsabilità dell'adulto per la diffusione del materiale, intendeva circoscrivere la responsabilità del minore alle ipotesi in cui sia quest'ultimo a mettere in circolazione proprie immagini pedo-pornografiche realizzate e possedute da un adulto (es. il minore carpisce fraudolentemente la propria immagine, detenuta nel cellulare dell'adulto produttore, e la invia a terzi). Anche nel caso esemplificato, tuttavia, sarebbe auspicabile individuare una risposta di natura "educativa", non punitiva.

In terzo luogo, relativamente alle condotte diffusive, si pone un problema forse più sottile, ma non secondario, su cui mi soffermerò più avanti. Il fatto di ricorrere interpretativamente ai reati di cessione e diffusione di pedo-pornografia per perseguire sia la diffusione di pedo-pornografia abusiva, sia quella domestica o consensuale, senza distinguere adeguatamente il contesto da cui l'episodio ha tratto origine, ma riconducendo tutto all'interno della medesima ipotesi incriminatrice, rischia di porsi in contrasto con il principio di frammentarietà e di proporzionalità.

Mi spiego meglio. Oggi, nell'ambito delle fattispecie diffusive di pedo-pornografia vengono convogliate situazioni, vicende, fattispecie non assimilabili, profondamente distanti sotto il profilo criminologico e del disvalore d'azione: la diffusione sul *web* di immagini agghiaccianti di abusi sessuali su bambini piccolissimi, ricevute direttamente dal produttore o trovate *on line*, che alimentano il mercato pedofilo; il fidanzato (maggiorrenne o minorenni) che, dopo la fine del rapporto sentimentale, diffonde le immagini a contenuto sessuale della ex fidanzatina minorenni (e non dimentichiamo che "minorenni" vuol dire anche sedicenne, diciassettenne); il fidanzato (maggiorrenne o minorenni) che diffonde queste immagini con il consenso della fidanzatina minorenni e infine, da quanto lascia intuire questa pronuncia, anche il minore che mette in circolazione le proprie immagini a contenuto sessuale.

È vero, sono situazioni che richiedono tutte un intervento da parte del sistema, una risposta però che, a mio avviso, dovrebbe essere differenziata: sono diversi i motivi che spingono ad agire, è diverso il disvalore d'azione, il substrato criminologico delle condotte, l'offesa che si arreca, e ciò dovrebbe emergere anche sotto il profilo normativo, attraverso una differenziazione nella disciplina.

Infine, una questione di carattere più generale, relativamente alla incertezza applicativa di una disciplina sostanzialmente delegata alla giurisprudenza. Pensiamo, solo per fare un esempio, al parallelismo che la Corte ha impostato con l'art. 609-*quater* c.p. per dare corpo al concetto di “utilizzo” del minore nella produzione di pedo-pornografia, riproponendo le medesime soglie di età del consenso, nonché i limiti dello stesso in contesti di coartazione e approfittamento. Viene a questo punto spontaneo domandarsi se, secondo la “comune logica di sistema sorretto dalle medesime finalità” di cui parla la Corte, la causa di non punibilità prevista, all'art. 609-*quater*, quinto comma, c.p., relativa agli atti sessuali fra minorenni, possa estendersi interpretativamente anche alla produzione di pedo-pornografia, così da poter escludere la punibilità del minore che, in un contesto intimo e consensuale, realizza immagini del partner tredicenne. Ovviamente le Sezioni unite nulla hanno detto in proposito, ma non si può escludere che questa questione si presenti presto in un'aula di tribunale. In breve, la scelta di delegare alla giurisprudenza la gestione di questo fenomeno non può che generare incertezza negli operatori del diritto e non da ultimo nei cittadini, che non sono messi in condizione di capire quali comportamenti siano leciti e quali non lo siano.

3. *La non punibilità della produzione di pedo-pornografia domestica e l'esigenza di un confronto multidisciplinare.* Le Sezioni Unite nella sentenza del 2022, seppur non esplicitamente come avevano fatto con la pronuncia del 2018, ribadiscono che il minore possiede, a determinate condizioni, nell'ambito della propria autonomia sessuale, una sfera di autodeterminazione nella rappresentazione della propria intimità sessuale, e lo fanno basandosi su una lettura sistematica²²: “le disposizioni contenute nel capo III del Titolo XII del

²² Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 13 (“Il Collegio ritiene in questa sede di evidenziare che la declinazione del concetto di ‘utilizzo del minore’ deve armonizzarsi e trovare coerenza interpretativa con le disposizioni contenute nel Titolo XII, Capo III “Dei delitti contro la libertà individuale”, Sezione I “Dei delitti contro la personalità individuale” e Sezione II “Dei delitti contro la libertà personale”, rientrando in una comune logica di sistema sorretto dalle medesime finalità”).

codice penale perseguono anzitutto la finalità di assicurare che la determinazione del minore sia ‘libera e incondizionata’ nelle scelte di natura sessuale”²³. Questo spazio di libertà è riconducibile alla produzione di pedo-pornografia domestica alle condizioni indicate dalla Corte, condotta che resta dunque fuori dal perimetro della punibilità di cui all’art. 600-ter, comma 1, c.p.

Le Sezioni Unite giungono a questa soluzione basandosi su due argomentazioni in particolare: la produzione di pedo-pornografia domestica sarebbe innanzitutto atipica perché difetterebbe l’elemento dell’utilizzazione richiesto dalla norma²⁴ e sarebbe inoltre priva di offensività rispetto all’integrità psicofisica del minore²⁵.

Questa apertura rispetto al passato è a mio avviso, come ho già avuto modo di sostenere, da accogliere con favore. Tuttavia, nonostante si tratti di un approdo interpretativo in *bonam partem*, che trova supporto nella normativa europea, nella prospettiva di una interpretazione conforme, e che è in linea con le più recenti dichiarazioni di organismi sovranazionali che i sono espressi sull’argomento, riguarda, a mio avviso, un tema che deve essere di esclusiva competenza del legislatore. E ciò per una serie di ragioni.

Solo il legislatore è in grado di effettuare una valutazione chiara e coerente sull’età del consenso del minorenne alla realizzazione e condivisione intima di proprie immagini a contenuto sessuale in assenza di abuso e coartazione, basandosi su indagini empiriche capaci di compendiare i benefici di questa forma di espressione e i rischi che ne derivano. Il legislatore potrebbe, per esempio, decidere di circoscrivere la non punibilità esclusivamente al materiale prodotto nell’ambito di relazioni che coinvolgono solo soggetti minorenni, come hanno

²³ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 14.

²⁴ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 13 (secondo la lettura della Corte, in sostanza, affinché si possa trattare di legittima pedo-pornografia domestica deve sussistere sia il consenso del minore sia l’assenza di utilizzazione del minore).

²⁵ Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616, 22.

fatto peraltro alcuni ordinamenti stranieri²⁶. Penso alle *teen sexting laws* introdotte recentemente da diversi paesi statunitensi²⁷. Anche questa opzione, tuttavia, ha i suoi aspetti negativi poiché rischia di creare irragionevoli disparità di trattamento rispetto ai giovani adulti: il diciottenne che scatta la fotografia osè alla fidanzata diciassettenne con il suo consenso non potrebbe beneficiare di questa causa di non punibilità perché maggiorenne.

Ancora, sulla base di ricerche scientifiche che traggono ausilio dalle scienze pedagogiche, psicologiche, sociologiche, ecc., il legislatore, invece di operare un parallelismo con l'età del consenso agli atti sessuali, potrebbe decidere di effettuare una distinzione nell'ambito della categoria minore età, indicando una soglia di età più elevata. Se è vero che vi sono similitudini fra lo scambio consensuale di immagini intime fra soggetti che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale e un rapporto sessuale "reale" consensuale fra i medesimi soggetti, è anche vero che vi sono diversità non trascurabili. La principale differenza può essere ravvisata nelle conseguenze delle due condotte. Mentre gli effetti di un rapporto sessuale "reale" consensuale, solitamente, si esauriscono con la consumazione del rapporto sessuale e restano nell'intimità e nella memoria dei soli soggetti coinvolti, la registrazione del medesimo atto può materialmente fuoriuscire dalla disponibilità e dal controllo dei soggetti rappresentati per essere messa in circolazione e portata alla vista di chiunque. Ciò non significa che

²⁶ Sulla disciplina del *sexting* che coinvolge minorenni nei diversi ordinamenti europei cfr. la dettagliata ricerca di CHATZINIKOLAOU E LIEVENS, *A Legal Perspective on Trust, Control and Privacy in the Context of Sexting Among Children in Europe*, in *Journal of Children and Media*, 2020, 38 ss. Dalla ricerca emergono discipline eterogenee di queste condotte: alcuni Paesi non escludono la punibilità dei minori che praticano *sexting*; altri prevedono una causa di non punibilità esplicita; in altri paesi la non punibilità è implicita perché queste condotte, che continuano a costituire reato secondo la legge, non vengono perseguite nella prassi; in altri ancora non vi è alcuna regolamentazione né a livello legislativo, né giurisprudenziale. Gli Autori rilevano che tutti gli Stati dovrebbero essere sollecitati ad introdurre una esplicita clausola di esclusione della punibilità perché la contraddittorietà fra la disciplina legislativa e la prassi conduce ad una situazione di incertezza giuridica e sociale che mina la prevedibilità delle conseguenze che derivano dalle proprie azioni. Per un approfondimento sulla disciplina spagnola nell'ambito di un più ampio ragionamento sul principio di proporzionalità, v. DÍAZ CORTÉS, *El debate sobre la penalización o no del sexting primario entre menores: una aproximación desde los presupuestos del principio de proporcionalidad*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di Dodaro-Mancuso, DipLap, 2018, 74 ss.

²⁷ V. sul punto, *infra*, par. 5.

occorre necessariamente negare qualsiasi valore al consenso del minore, perché non sarebbe giustificato un appiattimento della tutela senza distinguere le varie ipotesi: non si può infatti presumere che un diciassettenne abbia la medesima immaturità e incapacità di previsione dei rischi di un tredicenne. Lo stesso principio del *best interest of the child* richiede di tenere in considerazione il graduale sviluppo di competenze del minore, la diversa maturità del soggetto minorenni in linea con la sua età. In considerazione della progressiva tendenza del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza a riconoscere sempre maggiore autonomia e valore alle scelte soprattutto dei “grandi minori” nelle questioni che li riguardano, il legislatore potrebbe valutare di alzare la soglia dell’età consapevole ad un momento più avanzato rispetto a quello previsto per gli atti sessuali, per esempio i sedici anni, fascia di età in cui, anche in altri settori del diritto, viene attribuita una più ampia sfera di autodeterminazione. E, di conseguenza, nel caso di soggetto passivo ultra-sedicenne, il reato di “produzione di pedo-pornografia” potrebbe sussistere nel caso di “produzione abusiva” (qualora il minore sia stato costretto con violenza o minaccia, o indotto con l’inganno, o approfittando del divario in termini di età, a farsi riprendere in pose pornografiche ovvero a inviare immagini auto-prodotte in pose pornografiche)²⁸.

Spetta sempre al legislatore valutare quale disciplina prevedere per le ipotesi di cessione consensuale, da parte del minore ritratto, della propria immagine intima ad un soggetto diverso dal minore con cui la rappresentazione era stata originariamente prodotta, quindi al di fuori della cd. “pedo-pornografia domestica” *stricto sensu* intesa. Alcuni paesi sembrano, infatti, ricomprendere anche questa ipotesi nell’ambito della causa di non punibilità²⁹.

²⁸ BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 351 ss.

²⁹ Per la disciplina austriaca cfr. § 207a comma 5 e 6 StGB (ROSANI, *Sexting minorile: le sezioni unite chiamate ad esprimersi sul materiale pedo-pornografico prodotto col consenso del minore* (600-ter c.p.), in *www.sistemapenale.it*, 29 settembre 2021, 8). Si tratta, tuttavia, di una scelta normativa che, se non affiancata dalla predisposizione di adeguate misure educative, potrebbe veicolare modelli di comportamento che amplificano il rischio di perdita di controllo sull’immagine intima, con conseguente maggiore esposizione a pericolo del minore ritratto, potenziale oggetto di adescamento, minaccia, estorsione, ecc.

Un ragionamento approfondito sul valore del consenso del minore in questo contesto, anche avvalendosi delle linee guida proposte recentemente dal Comitato di Lanzarote³⁰, è dunque fondamentale, per andare oltre al discorso sulla atipicità di un determinato comportamento rispetto alla fattispecie criminosa. Una condotta può essere atipica rispetto ad un determinato reato ma può comunque richiedere una regolamentazione, eventualmente attraverso strumenti non penali.

E il legislatore ha la competenza e i mezzi per operare delle differenziazioni nell'ambito della disciplina di un determinato fenomeno. Ha il potere, soprattutto, a differenza di una pronuncia giurisprudenziale (per quanto autorevole), di affiancare ad una scelta non punitiva una politica di prevenzione attraverso misure mirate, volte a rendere maggiormente consapevoli i minori di determinate azioni, così come è stato fatto per alcuni aspetti con il cyberbullismo; ha la possibilità di prevedere delle forme di intervento differenziate e gradualità, soprattutto in fenomeni che presentano tante variabili come quello che ci occupa.

4. Incriminazione della diffusione di pedo-pornografia domestica. Parto da una premessa. Credo che, in considerazione delle conseguenze pericolose che derivano dalla circolazione di queste immagini, sia ragionevole negare valore al consenso del minore alla diffusione della propria immagine a contenuto sessuale. Si tratta di un'opzione di stampo paternalistico a mio avviso necessaria per tutelare il minore, soggetto non sufficientemente maturo per comprendere e prevedere la gravità dei rischi futuri connessi alla perdita di controllo sulla propria immagine a contenuto sessuale. E questa posizione trova riscontro nella decisione delle Sezioni Unite del 2022.

Attenzione però. Negare valore al consenso del minore in questo contesto non implica che sia corretto il ricorso ai delitti di pornografia minorile per punire il minore che diffonde la propria rappresentazione sessuale o il terzo (adulto o

³⁰ *Lanzarote Committee, The Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse Facilitated by Information and Communication Technologies (ICTs) Addressing the Challenges Raised by Self-Generated Sexual Images and/or Videos, 10 March 2022* (v., in particolare, 26-39).

minore) che la diffonde con il suo consenso. Consideriamo, poi, che i più recenti arresti giurisprudenziali fanno rientrare nella definizione di pornografia minorile anche la rappresentazione statica della nudità del minore, le immagini ritraenti sue parti erogene (come seno e glutei)³¹, anche in assenza di una loro esposizione esplicita. Ora, se questa estensione interpretativa è discutibile già con riferimento alla pedo-pornografia *stricto sensu* intesa, appare veramente irragionevole se applicata alle ipotesi di pedo-pornografia domestica: il fidanzato che mette in circolazione la fotografia del topless della fidanzata minore deve rispondere di diffusione di pedo-pornografia?

È proprio in questo cortocircuito che troviamo i limiti inevitabili della decisione delle Sezioni Unite. Dobbiamo domandarci, infatti, se sia conforme ai principi di proporzionalità e frammentarietà ricondurre situazioni così distanti sotto il profilo criminologico e del disvalore sotto la cornice della medesima norma.

Non intendo qui soffermarmi sul trattamento del minore che diffonde la propria immagine sessuale, poiché vi dedicherò un approfondimento a parte nel paragrafo successivo, ma sulla condotta di colui che cede o distribuisce l'immagine intima ricevuta dallo stesso minore rappresentato, o creata con il suo consenso, o ricevuta da un amico comune. È costui un pedo-pornografo? Il pedo-pornografo a cui pensava il legislatore nel 1998 è considerato non solo dalla *communis opinio*, ma dallo stesso legislatore, come un soggetto da cui i minori devono essere allontanati e protetti. Il riconoscimento del pericolo insito in tali comportamenti emerge chiaramente dall'affiancamento di severe pene accessorie ad altrettanto severe sanzioni: l'art. 600-*septies*.2 c.p. prevede per tutti i delitti contro la personalità individuale, e quindi anche per i delitti di pornografia minorile, l'applicazione di severissime pene accessorie, fra cui "l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche frequentate abitualmente da minori".

Non solo, nell'ambito delle strategie preventive contro gli abusi sessuali ai danni di minori, il D.Lgs. 4.3.2014, n. 39, in attuazione della Direttiva

³¹ V. Cass., Sez. III, 19 ottobre 2021, n. 6302; Cass., Sez. III, 8 gennaio 2020, n. 9354; Cass., Sez. III, 5 luglio 2019, n. 36710.

2011/93/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, ha introdotto l'obbligo per i datori di lavoro di soggetti che svolgono attività lavorative o di volontariato che li pongono in contatto diretto con i minori di richiedere il certificato del casellario giudiziale (o la relativa autocertificazione) per appurare che il soggetto non riporti condanne per alcuni delitti a sfondo sessuale a danno di minori, fra cui anche i delitti di pornografia minorile.

Sia le pene accessorie che le misure preventive hanno come obiettivo quello di proteggere i minori da soggetti che potrebbero abusarne per fini sessuali. Ebbene, non possiamo non rilevare l'irragionevolezza, infondatezza e sproporzione dell'estensione di queste misure alle condotte di diffusione di pedo-pornografia domestica. Ricordiamo come le Sezioni unite nella sentenza del 2018 avessero evidenziato l'irragionevolezza dell'applicazione del severissimo trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 600-ter c.p. alla produzione di tali immagini. Ora, questo ragionamento non può non valere anche per la riconduzione, senza distinzioni, delle sanzioni previste dall'art. 600-ter, comma 3 e ss., c.p. alle condotte di diffusione del medesimo materiale.

Ciò non vuol dire che non vi siano ipotesi comunque connotate da forte disvalore (pensiamo, solo per fare un esempio, alla condotta di colui che pubblica le immagini di pedo-pornografia domestica della ex fidanzatina sul Web o che le inserisce in circuiti pornografici). Anche in questi casi ci troveremmo di fronte a comportamenti che meritano una risposta da parte del sistema penale. Spetta però al legislatore valutare se e come, in ossequio al principio di frammentarietà e di proporzionalità, far corrispondere a fatti tipici "qualitativamente" diversi, criminologicamente distanti, dal disvalore differente, non solo sanzioni diverse, ma anche diverse fattispecie normative, poiché diverso è anche il conseguente stigma.

A questo proposito risulta di particolare rilevanza la teoria anglosassone del "*fair labelling*", secondo la quale "le percepite distinzioni fra tipologie di reati e gradi di illiceità devono essere rispettate ed evidenziate dal diritto, e i reati

devono essere suddivisi ed etichettati (*labeled*) in modo da indicare correttamente la natura e la gravità dell'azione illecita"³². Questa teoria affianca alla proporzionalità della pena *stricto sensu* intesa (detentiva o pecuniaria), la correttezza (e quindi proporzionalità) della tipologia di reato che viene addebitata, del *nomen iuris* del delitto a cui si riconduce quel determinato comportamento, della sua "etichetta giuridica". Non a caso essa è stata portata, da una parte della dottrina canadese, a sostegno dell'introduzione di una disciplina specifica per la condotta di pubblicazione non consentita di immagini intime, sia ritraenti adulti che minorenni, che permettesse di prevedere una risposta differenziata rispetto ai delitti di pornografia minorile, non solo sotto il profilo sanzionatorio ma anche in termini appunto di "etichettamento", evidenziando anche i casi, non rari, in cui l'autore del reato è anch'egli minorenne³³.

5. *Studio sulla riscrittura del 600-ter c.p. attraverso le lenti dei principi di frammentarietà, fair labelling e proporzionalità.* Andrew Ashworth, in uno scritto dedicato al principio del *fair labelling*, scriveva: "La legge dovrebbe cercare di riflettere le differenze percepite dalla società quando quest'ultima ragionevolmente considera diversamente due tipologie di condotte"³⁴. In fondo sarebbe questa anche una delle funzioni del principio di frammentarietà, ossia rispondere all'"esigenza di far combaciare il più possibile le fattispecie tipiche con specie di illecito che già fuori dal codice penale, ovvero nella realtà sociale, sono percepite come differenti"³⁵. Bisogna però evitare che, assecondando normativamente le distinzioni "rappresentative" dei fatti criminosi, si cada nella

³² ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, New York-Oxford, 2013, 77. Per tutti CHALMERS-LEVERICK, *Fair Labelling in Criminal Law*, in *Mod. LR*, Vol. 71, 2008, 217 ss. Per alcune riflessioni nella dottrina italiana sul principio del *fair labelling* v. CADOPPI, "Un bacio è solo un bacio". *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, cit., 47; CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 385 ss.; BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 553 ss.

³³ PLAXTON, *The CBA Report on Bill C-13: Looking Beyond "Cyberbullying" (Working Paper - 2 June 2014)*.

³⁴ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., 77.

³⁵ CADOPPI, "Un bacio è solo un bacio". *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, cit., 43. Sul tema v. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, 9 ss.; VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 51 ss.

*over-criminalization*³⁶. Proprio per scongiurare questo rischio è importante pre-disporre, tenendo anche in considerazione le diverse *rationes* incriminatrici e la fenomenologia criminologica su cui si basa l'opzione punitiva, una precisa e attenta tipizzazione delle condotte.

Proviamo dunque a ipotizzare alcune proposte di riforma³⁷ volte ad individuare una cornice più ragionevole e proporzionata per perseguire la diffusione di immagini realizzate con il consenso del minore ritratto.

Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere una sotto-fattispecie *ad hoc* nell'ambito dell'art. 612-ter c.p., che abbia ad oggetto la diffusione di tali immagini, ossia quel materiale la cui produzione non integra il reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p. Ovviamente questa nuova fattispecie dovrebbe essere confezionata in modo da coordinarsi con i delitti di pornografia minorile per evitare pericolose sovrapposizioni. Sarebbe quindi opportuno escludere esplicitamente la produzione di pedo-pornografia domestica (relativamente alla produzione senza utilizzazione - *rectius* strumentalizzazione - di minorenni, in presenza di consenso del minore e di conservazione privata delle immagini fra le persone coinvolte, nonché di auto-produzione in assenza di costrizione e induzione) dall'alveo dell'art. 600-ter c.p., prevenendo una causa di non punibilità nell'ambito della norma e contestualmente inserendo nella nuova sotto-fattispecie di cui all'art. 612-ter c.p. un rinvio al materiale contemplato dalla suddetta causa di non punibilità. A questo punto, se si inserisse nell'art. 600-ter c.p. una esplicita causa di non punibilità per la produzione di "pedo-pornografia domestica", si potrebbe anche espungere il presupposto dell'"utilizzo" del minore previsto al primo comma della norma. Con un ragionamento a contrario, infatti, la produzione *sic et simpliciter* di pedo-pornografia sarebbe tipica, salvo appunto si rientri nell'ipotesi di non punibilità.

³⁶ HUSAK, *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2008.

³⁷ Le riflessioni contenute in questo contributo sono già state espresse, più sinteticamente, nella relazione tenuta sul tema al Webinar "Il sexting minorile tra repressione penale e autonomia sessuale. L'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione", del 12 maggio 2022, organizzato dalla Libera Università di Bolzano nell'ambito del progetto Creep (*Criminalizing Revenge Porn?*).

Così come attualmente strutturato, il reato di “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” non si presta, ad avviso di chi scrive, a disciplinare adeguatamente la diffusione di immagini sessuali di minorenni. Considerando che elemento costitutivo del reato è l’assenza del consenso del protagonista dell’immagine sessuale alla sua diffusione, nel caso il cui quest’ultima ritraesse un minorenne, dovremmo ritenere, anche in questa ipotesi, scriminante il suo consenso, e ciò in aperto contrasto con la premessa fondamentale, presente nei documenti sovranazionali già citati e che trova sostegno anche nella sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2022, secondo cui il minore non può prestare il consenso alla diffusione ad opera di terzi della propria immagine sessuale³⁸ perché non ha la maturità per comprendere i rischi connessi alla scelta di metterla in circolazione.

La nuova sotto-fattispecie criminosa andrebbe quindi a reprimere la diffusione, esibizione, cessione ad opera di terzi di immagini realizzate con il consenso del minore ritratto, senza alcuna forma di strumentalizzazione, coercizione, induzione e indipendentemente dalla sussistenza o meno del consenso del minore alla diffusione del materiale³⁹.

Bisogna riconoscere, tuttavia, che la distinzione delle condotte diffusive in due diverse fattispecie di reato, ove l’elemento distintivo origina dalla natura della produzione del materiale (domestica o meno), se ha il pregio di rispecchiare meglio la diversa fenomenologia criminologica alla base delle due incriminazioni, non trova però alcun appiglio nei documenti sovranazionali. Sia nella Direttiva che nella Convenzione di Lanzarote, infatti, si prevede la possibilità

³⁸ Non si parla qui dell’invio dell’immagine ad un privilegiato destinatario nell’ambito di una relazione sentimentale, ma di “diffusione” e quindi di circolazione dell’immagine al di fuori della signoria dei soggetti coinvolti.

³⁹ Simile è la disciplina prevista nello Stato australiano di Victoria, ove è stato introdotto il reato di *Distribution of intimate image*, con cui si punisce sia la distribuzione di immagini intime di adulti che non hanno prestato il proprio consenso alla distribuzione, sia la distribuzione di immagini intime di minori (indipendentemente dalla presenza o meno del consenso del minore alla diffusione) (*Summary Offences Act 1966 - Sect. 41DA*). Contestualmente sono state introdotte nuove *defences* nell’ambito dei reati di pornografia minorile, poste a favore dell’autore minorenne per i casi di produzione, acquisizione e possesso di materiale pedo-pornografico che non derivi da sfruttamento (v. *Crimes Act 1958 - Sect. 70AAA Exceptions to certain child pornography offences*) (v. CROFTS, LEE, MCGOVERN, *Sexting and Young People*, Palgrave Macmillan, 2015, 193 ss.).

di non punire la produzione della cd. “pedo-pornografia domestica” ma non si contempla una possibile differenziazione di disciplina in merito alla diffusione di questo materiale.

Un’alternativa potrebbe quindi essere quella di prevedere sempre la causa di non punibilità per la produzione e possesso di pedo-pornografia domestica, ma di ricondurre la diffusione di queste immagini nell’ambito delle fattispecie di cui all’art. 600-ter, comma 2 e ss., c.p., soluzione già intrapresa da alcuni ordinamenti europei (come Germania e Austria)⁴⁰. In quest’ultimo caso però sarebbe necessario espungere l’automatismo delle pene accessorie attualmente previste: sono evidentemente sproporzionate se rivolte al fidanzato che mette in circolazione l’immagine della fidanzata minorenni (come nella vicenda oggetto della sentenza delle Sezioni unite del 2022). Sarebbe quindi auspicabile una applicazione non automatica, ma riservata ad una attenta valutazione del giudice circa la loro necessità ed utilità in relazione al fatto concreto. Questo emendamento si porrebbe anche in linea con i recenti arresti della Corte costituzionale in tema di applicazione automatica delle pene accessorie relativamente ad altre fattispecie di reato⁴¹. Né potrebbe ritenersi sufficiente l’obiezione secondo cui le pene accessorie opererebbero solo per i casi più gravi perché non troverebbero applicazione laddove la pena detentiva sia condizionalmente

⁴⁰ Cfr. la disciplina austriaca (§207a (5;6) oStGB) e la disciplina in Germania (§184c (4) dStGB). Sul punto v. ROSANI, *The Increasing Recognition of Child Rights by European Constitutions and its Relevance for the Criminal Regulation of Sexting*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2020, 349 ss. L’A. precisa che la disciplina austriaca, a differenza di quella tedesca, estende la non punibilità anche al caso in cui il minore “offra, procuri, ceda, presenti o renda altrimenti accessibile ad altri, a condizione che ciò avvenga per uso personale del terzo”. Più restrittiva è la causa di non punibilità prevista nel codice penale tedesco, che riguarda solo le condotte di produzione e possesso, non cessione, offerta, ecc. Queste cause di non punibilità si pongono sia a favore del minore, che ha raggiunto l’età del consenso sessuale, sia dell’adulto.

⁴¹ Ricordiamo che recentemente la corte Costituzionale ha censurato un altro automatismo legislativo, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 574-bis, terzo comma, c.p., nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all’estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell’esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale (Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102). Sul punto cfr. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in www.sistemapenale.it, 1 giugno 2020; PICCHI, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 5, 208 ss.

sospesa. Può accadere, infatti, che la pena principale inferiore a due anni di reclusione non possa essere sospesa per motivi che sono indipendenti dalla gravità del reato, come, per esempio, il fatto di aver già usufruito del beneficio in passato anche per reati di altra natura.

Permetterebbe poi di semplificare il meccanismo di eliminazione della sproporzione della sanzione, anche nel tema che ci occupa, la recente sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 8 marzo 2022, secondo cui il criterio di proporzionalità della sanzione è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri, con la conseguenza che il "giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sarà tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali contrastanti, seppur «nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate»"¹². Considerando che i reati di pedo-pornografia rientrano appieno nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, il giudice italiano, alla luce di questo principio, sarebbe tenuto a non dare applicazione alla norma che impone la pena accessoria se ritenuta sproporzionata rispetto al caso di specie. Vedremo se e come coglierà questa indicazione la futura giurisprudenza.

Un'ultima riflessione. Nel rispetto del principio di proporzionalità, sarebbe opportuno prevedere una risposta differenziata o comunque più graduale per l'ipotesi in cui sia un minore a diffondere pedo-pornografia domestica. Sostenere che, nella prospettiva di una necessaria protezione del minore (in considerazione dell'amplificazione dei rischi connessi alla perdita definitiva di controllo sull'immagine), sia opportuno negare valore al consenso del minorenni alla diffusione della propria immagine sessuale, non vuole certo dire che sia ragionevole ricorrere allo *ius puniedi* per "ammonirlo" se la condivide con un altro minore (diverso da colui che ha realizzato l'immagine *ab origine*), ovvero che risponda sempre al principio di *extrema ratio* ricorrere ai delitti di pornografia minorile per "responsabilizzare" l'amico minorenne che cede, con

¹² Per tutti, con importanti riflessioni anche in ordine ai limiti di questo meccanismo, v. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2022.

il consenso del minore rappresentato, l'immagine ad un altro amico. Si possono ipotizzare infiniti casi in cui, seppur la condotta sia astrattamente riconducibile alla diffusione di pedo-pornografia, il ricorso al diritto penale risulterebbe sproporzionato e irragionevole⁴³. Non solo, alcune ipotesi più gravi paiono assimilabili alle condotte di cyberbullismo, per le quali il legislatore prevede, a fianco del percorso processuale penale tradizionale, una forma di intervento "preventivo", ossia l'istituto dell'ammonimento del questore, che funziona da monito (prima della formale querela o denuncia) nei confronti del minore. Come per altri fenomeni criminosi in cui frequentemente autori di reato sono minorenni, sarebbe molto importante prevedere misure educative e solo nei casi più gravi ricorrere allo strumento penale. Occorre, più in generale, elaborare un sistema di sanzioni specifico per minorenni, di misure diversificate volte alla loro "educazione", di cui gli stessi minori possano maggiormente percepire il senso, così come è stato fatto in altri paesi europei⁴⁴.

Le stesse *guidelines* del Comitato di Lanzarote suggeriscono, proprio in tema di *sexting*, che quando autore è un minorenne, venga data priorità a strumenti più appropriati, come a misure educative⁴⁵. Ricordiamo che il nostro sistema minorile contempla le cd. "misure amministrative", ossia misure non penali rivolte ai minori che abbiano dato manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere, che si eseguono nelle forme dell'affidamento del minore al servizio sociale e del collocamento in comunità⁴⁶. Sono strumenti che risalgono al 1934, emendate nel 1956, su cui sarebbe opportuno intervenire, rinnovandole

⁴³ V., a questo proposito, le note critiche di ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, cit. e di RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, cit., 1474.

⁴⁴ V. LARIZZA, *Per un sistema di giustizia penale a misura di minore*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*³, a cura di Mangione-Pulvirenti, Milano, 2020, 155 ss.; MARIANI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive evolutive. Un'analisi criminologica dalla giustizia penale minorile a quella ordinaria*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 197 ss.

⁴⁵ *Opinion on child sexually suggestive or explicit images and/or videos generated, shared and received by children, Adopted by the Lanzarote Committee on 6 June 2019*.

⁴⁶ Artt. 25 e ss. R.D. n. 1404/34. Sul tema, v. PALERMO FABRIS, *La prevenzione precedente e successiva ad un reato nel sistema penale minorile: le misure di sicurezza e le misure amministrative*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 39 ss.

nei presupposti applicativi e nei contenuti⁴⁷. A questo proposito, è stato presentato un D.d.l. due anni fa, che riformula, nell'ambito di un progetto di revisione più ampio della disciplina del bullismo, proprio le misure amministrative. È interessante, non solo per il procedimento graduale di attivazione delle misure che si propone, comprensivo di un percorso preliminare di mediazione, ma anche per l'esplicita individuazione proprio in queste misure di una possibile risposta alle condotte di bullismo⁴⁸.

Segnaliamo che soluzioni di stampo educativo sono state adottate in altri ordinamenti per affrontare il fenomeno del *sexting* minorile. Come abbiamo anticipato, in alcuni paesi degli Stati Uniti sono state introdotte le cd. *teen sexting laws*, che contemplano misure educative per i minori che pongono in circolazione immagini intime. In alcuni ordinamenti, tuttavia, si effettuano delle distinzioni sulla base del contenuto delle immagini, riservando questa disciplina speciale più favorevole alla diffusione di rappresentazioni che ritraggono la semplice nudità⁴⁹.

Non dimentichiamo, poi, che in diversi sistemi in cui è prevista la discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale, determinati casi di *sexting* minorile semplicemente non vengono perseguiti, oppure vengono gestiti attraverso strumenti di *diversion*. Nel Regno Unito, per esempio, gli organi di polizia, con l'ausilio di vari organismi impegnati nella tutela dei minori, hanno adottato una

⁴⁷ D.d.l. n. 1690, approvato dalla Camera dei deputati il 29 gennaio 2020, trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 31 gennaio 2020, «Modifiche al codice penale, alla legge 29 maggio 2017, n. 71, e al regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 maggio 1935, n. 835, in materia di prevenzione e contrasto del fenomeno del bullismo e di misure rieducative dei minori».

⁴⁸ La connessione fra condotte di bullismo e misure amministrative è rinvenibile sia nella parte dedicata proprio alla disciplina del bullismo, ove si precisa che, nei casi più gravi, ovvero condotte reiterate, quando le iniziative educative non appaiano sufficienti, il dirigente potrà coinvolgere i servizi sociali per individuare percorsi personalizzati di assistenza delle vittime e di "accompagnamento rieducativo" degli autori degli atti, oppure attivare le autorità competenti per l'adozione delle misure rieducative previste dall'art. 25 della Legge sui Tribunali per i Minorenni (v. art. 3, lett. e)); sia nella proposta riformulazione della tipizzazione dei comportamenti per cui possono essere adottate le misure: all'irregolarità della condotta o del carattere si aggiungono "le condotte aggressive, anche in gruppo, nei confronti di persone, animali o cose, ovvero lesive della dignità altrui".

⁴⁹ BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, cit., 279 (a cui si rinvia anche per la bibliografia americana ivi citata). Per un costante aggiornamento sulla disciplina del *sexting* nei diversi stati americani v. <https://cyberbullying.org/sexting-laws>.

strategia volta a differenziare, anche nella disciplina, le varie forme di *sexting*. L'approccio e la risposta istituzionale possono essere diversi in considerazione delle modalità della produzione delle immagini e dei soggetti coinvolti (auto-prodotte; ottenute con il consenso del minore; ottenute con coercizione o inganno; presenza di una situazione di sfruttamento; età del soggetto ritratto; condizione di particolare vulnerabilità in cui versa il soggetto ritratto; partecipazione di un adulto; tipologia di rappresentazione; ecc.)⁵⁰.

Ovviamente il regime di discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale permette di modulare e differenziare le risposte e gli strumenti di fronte a comportamenti che rientrerebbero tutti all'interno della medesima fattispecie criminosa, circoscrivendo così lo strumento penale ai soli casi in cui vi sia un interesse pubblico ad agire penalmente. Per tutte le altre ipotesi sono comunque predisposti degli interventi di sostegno, di educazione, di informazione, di recupero. Questo approccio graduale e multidisciplinare consentirebbe di rispondere in modo proporzionato, equilibrato ed efficace.

È vero che in Italia il sistema penale minorile prevede degli istituti che consentono una fuoriuscita abbastanza rapida del minore dal circuito penale (come l'irrilevanza del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova⁵¹), ed è anche vero che diversi Tribunali per i minorenni applicano in modo significativo le misure amministrative (o rieducative) a seguito di segnalazioni di casi di irregolarità della condotta o del carattere. A fronte di una contestazione per il reato di diffusione di pornografia minorile a carico del minore che mette in circolazione la propria immagine a contenuto sessuale o che condivide con gli amici l'immagine intima della fidanzatina con il consenso di quest'ultima, non saranno improbabili, inoltre, sentenze di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, ossia per immaturità. Si tratta di condotte rispetto alle quali non è così difficile, infatti, eccipere l'incapacità del minore di discernere il disvalore

⁵⁰ *Police action in response to youth produced sexual imagery ('Sexting') - briefing note, 1* ([http://www.college.police.uk/News/College-news/Documents/Police_action_in_response_to_sexting_briefing_\(003\).pdf](http://www.college.police.uk/News/College-news/Documents/Police_action_in_response_to_sexting_briefing_(003).pdf)).

⁵¹ Sul ricorso a questi strumenti con riferimento al fenomeno del *sexting* fra minori v. SALVADORI, *Sexting, minori e diritto penale*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Milano, 2019, 594.

e l'offensività, proprio nella prospettiva del carattere "relativo" dell'imputabilità minorile, inevitabilmente correlata al tipo di reato commesso.

Bisognerebbe dunque lavorare, nell'ottica dell'auspicata predisposizione di uno speciale sistema sanzionatorio minorile⁵², alla previsione, più generale, di misure di matrice educativa rivolte ai minorenni, che, per esempio, nel caso che ci occupa, siano volte primariamente a rendere il giovane consapevole del disvalore del proprio comportamento al fine di evitare che lo ponga in essere nuovamente⁵³. Ovviamente a questi interventi dovrebbe affiancarsi l'implementazione sempre più massiccia di strumenti di prevenzione, nel solco di una strategia di stampo informativo ed educativo sui pericoli derivanti da queste condotte. È fondamentale, dunque, l'uso di un metodo individualizzato e integrato, capace di raccogliere le competenze anche delle varie discipline sociologiche, educative, psicologiche.

6. *Conclusioni.* Chiunque abbia svolto ricerche comparatistiche sulla disciplina del *sexting* minorile in altri ordinamenti, soprattutto anglosassoni, ha potuto rilevare la mole di indagini criminologiche e psicologiche che sono state compiute in ordine sia ai rischi per i minorenni che scelgono di condividere le proprie immagini intime, sia ai benefici che ne derivano in termini di libero sviluppo della sessualità. Queste indagini devono, a mio avviso, essere alla base di una politica criminale consapevole e responsabile, dove la multidisciplinarietà dell'intervento non può restare una clausola di stile.

È da circa dieci anni che la giurisprudenza sta progressivamente riscrivendo la lettera dei reati di pedo-pornografia per adattarli ai fenomeni emergenti, e la sentenza delle Sezioni Unite del 2022 rappresenta il culmine di un processo di supplenza giudiziaria in questo ambito.

⁵² V. LARIZZA, *Per un sistema di giustizia penale a misura di minore*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*³, cit., 155 ss.

⁵³ La strategia di prevenzione-azione prevista nel Regno Unito, per esempio, coglie appieno la natura di un fenomeno adolescenziale in cui sarebbe scorretto cercare di ritracciare necessariamente la figura di una vittima da tutelare che si contrappone a quella di un autore da punire, come reso evidente dall'ampio novero dei destinatari delle misure educative e disciplinari (sia i minori auto-produttori, sia quelli che richiedono le immagini, sia i creatori di immagini di altri minori, sia i possessori, sia quelli che le condividono con terzi).

Sebbene la non punibilità della produzione di pedo-pornografia domestica costituisca un approdo interpretativo in *bonam partem*, siamo di fronte ad una materia che richiede necessariamente la competenza del legislatore, che necessita una discussione approfondita fra esperti di varie discipline. Spetta al legislatore operare un bilanciamento fra interessi contrapposti, fra libera espressione della sessualità dello stesso minorenne e tutela del suo sviluppo psicofisico. È sempre compito del legislatore valutare se sia ragionevole e se risponda al principio di proporzionalità perseguire per questi delitti il fidanzato che diffonde l'immagine della fidanzatina minorenne e il minore che mette in circolazione le proprie immagini intime.

Non di rado accade che alcune interpretazioni della Corte di legittimità anticipino un emendamento legislativo o l'introduzione di una nuova fattispecie di reato. È arrivato il momento di una riforma in questo settore, che deve essere il frutto di scelte ponderate che, nel rispetto del principio del *best interest of the child*, contemperino i benefici e i rischi derivanti dalla scelta di riservare uno spazio di autonomia ai minorenni in questo contesto.