

Direttore scientifico
Giuseppe Cassano

Comitato scientifico

Michele Ainis
Maria A. Astone
Alberto M. Benedetti
Giovanni Bruno
Alberto Cadoppi
Stefano Canestrari
Giovanni Capo
Andrea Carinci
Antonio Catricalà
Sergio Chiarloni
Renato Clarizia
Alfonso Celotto
Giovanni Comandè
Claudio Consolo
Giuseppe Corasaniti
Pasquale Costanzo
Enrico Del Prato
Astolfo Di Amato
Ugo Draetta
Francesco Di Ciommo
Giovanni Duni
Valeria Falce
Francesco Fimmanò
Giusella Finocchiaro
Carlo Focarelli
Giorgio Florida
Vincenzo Franceschelli
Massimo Franzoni
Tommaso E. Frosini
Cesare Galli
Alberto M. Gambino
Lucilla Gatt
Aurelio Gentili
Andrea Guaccero
Bruno Inzitari
Luigi Kalb
Luca Lupària
Vittorio Manes
Adelmo Manna
Arturo Maresca
Ludovico Mazarolli
Raffaella Messinetti
Pier Giuseppe Monateri
Mario Morcellini
Nicola Palazzolo
Giovanni Pascuzzi
Roberto Pessi
Lorenzo Picotti
Francesco Pizzetti
Dianora Poletti
Giovanni Sartor
Filippo Satta
Paola Severino
Pietro Sirena
Antonello Soro
Giorgio Spangher
Paolo Stella Richter
Luigi Carlo Ubertazzi
Romano Vaccarella
Daniela Valentino
Giovanni Ziccardi
Andrea Zoppini

Diritto di **INTERNET**

Digital Copyright e Data Protection



2019



IN EVIDENZA

- **Oblio, identità, memoria**
- **Emarginazione digitale**
- **Blockchain e Smart contract nel nuovo Decreto Semplificazioni**
- **Trasparenza e pubblicazione in Rete dei redditi dei dirigenti pubblici**
- **Pec e giurisprudenza della Cassazione**
- **Wifi. Braccio di ferro fra onde elettromagnetiche e diritto alla salute**
- **L'ingiunzione dinamica come strumento di tutela del diritto d'autore on-line**
- **Facebook sul luogo di lavoro e licenziamento**
- **Offese via WhatsApp su chat di gruppo**
- **Responsabilità della PA per Tweet del Ministro**
- **GDPR e istruzioni ai soggetti che trattano i dati**
- **Combinazione di dati e prevedibilità della decisione giudiziaria**


**Pacini
Giuridica**

SOMMARIO

■ SAGGI

OBLIO, IDENTITÀ, MEMORIA di <i>Antonello Soro</i>	3
EMARGINAZIONE DIGITALE di <i>Vincenzo Franceschelli</i>	7
TUTELA DELLA VITA PRIVATA, PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E <i>PRIVACY</i>. AMBIGUITÀ SEMANTICHE E PROBLEMI DEFINITORI di <i>Andrea Monti</i>	11
<i>BLOCKCHAIN E SMART CONTRACT</i> NEL NUOVO DECRETO SEMPLIFICAZIONI di <i>Fulvio Sarzana di S.Ippolito</i>	17
GUIDA AUTONOMA E PRIME RIFLESSIONI IN PUNTA DI DIRITTO di <i>Stefano Pellegatta</i>	25

■ GIURISPRUDENZA

EUROPEA	
LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E LIMITI DERIVANTI DALL'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA SULLA TUTELA DEI DATI PERSONALI Corte di Giustizia UE; sezione II; sentenza 14 febbraio 2019, causa C-345/2017 commento di <i>Jacopo Liguori</i>	37 38
IL RUOLO DELL'INTERPRETAZIONE NELL'ADEGUAMENTO DEL DIRITTO TRIBUTARIO ALL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA: L'IVA SUI SERVIZI "RICREATIVI" PRESTATI MEDIANTE INTERNET Corte di Giustizia UE; conclusioni del 12 febbraio 2019, causa C-568/2017 commento di <i>Carmine Marrazzo</i>	45 51
COSTITUZIONALE	
LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA ALLA PROVA DEL TEST DI PROPORZIONALITÀ. IL CASO DELLA PUBBLICAZIONE IN RETE DEL REDDITO E DEL PATRIMONIO DEI DIRIGENTI Corte Costituzionale; sentenza 21 febbraio 2019, n. 20 commento di <i>Daniele Marongiu</i>	57 64
CIVILE	
LA NOTIFICAZIONE VIA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA ED I DEPOSITI TELEMATICI NELLA RECENTISSIMA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE Corte di Cassazione; sezione I civile; sentenza 26 febbraio 2019, n. 5652 Corte di Cassazione; sezione VI civile; ordinanza 14 febbraio 2019, n. 4505 Corte di Cassazione; sezione VI civile; ordinanza 12 febbraio 2019, n. 3999 Corte di Cassazione; sezione III civile; sentenza 8 febbraio 2019, n. 3709 commento di <i>Alessandro Fabbi</i>	75 76
REITERATI ACCESSI A FACEBOOK, CONTROLLI DEL DATORE E LICENZIAMENTO DISCIPLINARE Corte di Cassazione; sezione lavoro; sentenza 1 febbraio 2019, n. 3133 commento di <i>Annachiara Lanzara</i>	81 83
LE SEZIONI UNITE CHIAMATE A FARE CHIAREZZA SU QUANDO IL DIRITTO DI CRONACA PREVALE SUL DIRITTO ALL'OBLIO Corte di Cassazione; sezione III civile; ordinanza 5 novembre 2018, n. 28048 commento di <i>Francesco Di Ciommo</i>	89 95

L'INGIUNZIONE DINAMICA COME STRUMENTO DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE ON-LINE Tribunale di Milano; sez. spec. imprese; decreto 4 marzo 2019 Tribunale di Milano; sez. spec. imprese; ordinanza 12 aprile 2018 commento di <i>Ludovica Molinaro</i>	105 116
IL DIRITTO ALL'ACCESSO A INTERNET E IL DIRITTO ALLA SALUTE. UN PROBLEMA DI BILANCIAMENTO DI INTERESSI? Tribunale di Firenze; sezione II civile; decreto 18 gennaio 2019 commento di <i>Celeste Chiariello</i>	121 121
LA C.D. NEUTRALITÀ DEL WEB NON PIÙ ELEMENTO DI SFRUTTAMENTO DEI DIRITTI D'AUTORE ALTRUI Tribunale di Roma; sez. spec. imprese; sentenza 10 gennaio 2019 commento di <i>Giuseppe Cassano e Angelo Maria Rovati</i>	129 140
PENALE	
L'APPOSIZIONE DI FILTRI AI COMMENTI DEGLI UTENTI NON ESCLUDE IL CONCORSO DEL BLOGGER NELLA DIFFAMAZIONE Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 22 gennaio 2019, n. 2823 commento di <i>Annalisa Benevento</i>	155 157
I DUBBI ANCORA IRRISOLTI IN TEMA DI ACQUISIZIONE DELLA CORRISPONDENZA DIGITALE Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 16 gennaio 2019, n. 1822 commento di <i>Federico Cerqua</i>	163 164
LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL DIRETTORE DEL GIORNALE TELEMATICO TRA LEGISLATORE PIGRO E GIUDICE INTRAPRENDENTE Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 11 gennaio 2019, n. 1275 commento di <i>Francesco Giuseppe Catullo</i>	171 173
LA PEDOPORNOGRAFIA NEL CYBERSPACE: UN OPPORTUNO ADEGUAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA ALLO SVILUPPO TECNOLOGICO ED AL SUO IMPATTO SOCIALE RIFLESSI NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA Corte di Cassazione; sezioni unite penali; sentenza 15 novembre 2018, n. 51815 commento di <i>Lorenzo Picotti</i>	177 187
AMMINISTRATIVA	
SUL CONSUMATORE MEDIO E RELATIVAMENTE MEDIO T.a.r. Lazio; sezione I; sentenza 21 gennaio 2019, n. 781 commento di <i>Ezio Guerinoni</i>	193 197
RESPONSABILITÀ CIVILE PER IL DANNO DA TWEET: SOSPENSIONE DEI LAVORI E INADEMPIMENTO CONTRATTUALE INDOTTI DA DICHIARAZIONI SU SOCIAL NETWORK RESE DA PARTE DI UN MINISTRO DELLA REPUBBLICA T.a.r. Liguria; sezione I; sentenza 3 gennaio 2019, n. 11 commento di <i>Stefano Pellegatta</i>	203 205
■ PRASSI	
COMBINAZIONE DI DATI E PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA di <i>Luigi Viola</i>	215
GDPR E SET DI ISTRUZIONI PER I SOGGETTI CHE TRATTANO DATI: L'USO DEGLI STRUMENTI INFORMATICI, LA GESTIONE DI POSSIBILI DATA BREACH E LA PROTEZIONE DAL PHISHING di <i>Giovanni Ziccardi</i>	223

La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite penali; sentenza 15 novembre 2018, n. 51815; Pres. Carcano; Rel. Andronio; P.M. Iacoviello.

Ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, n. 1), c.p. il fatto della produzione di materiale pedopornografico non richiede l'accertamento del pericolo concreto di sua diffusione, come invece era richiesto, prima delle intervenute modifiche normative, dalla giurisprudenza adeguatasi alle statuizioni della sentenza a Sezioni unite del 31 maggio 2000, n. 13. Poiché il termine "produzione" non ha più una sua autonomia di significato rispetto al termine "realizzazione", utilizzato nello stesso n. 1) dell'art. 600-ter, comma 1, con riferimento alle esibizioni o spettacoli, si verifica un ampliamento dello spazio di operatività della clausola di riserva fissata dall'art. 600-quater perché tale disposizione e il precedente art. 600-ter hanno ad oggetto lo stesso materiale pornografico; con la conseguenza che il produttore di tale materiale risponderà della più grave fattispecie dell'art. 600-ter, mentre la meno grave fattispecie dell'art. 600-quater troverà spazio solo per i soggetti diversi dal produttore. Qualora le immagini o i video abbiano per oggetto la vita privata sessuale nell'ambito di un rapporto non caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell'autore, ma siano frutto di una libera scelta cui validamente consenta il minore che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale e siano destinate ad un uso strettamente privato, dovrà essere esclusa la ricorrenza di quella "utilizzazione" che costituisce il presupposto dei reati.

...Omissis...

Svolgimento del processo.

1. M.D. è stato chiamato a rispondere: del reato di cui all'art. 61 c.p., n. 9), art. 81 c.p., art. 600 bis c.p., commi 2 e 3, perché, in qualità di parroco della basilica di omissis, aveva indotto alla prostituzione alcuni ragazzi e, in particolare, aveva compiuto atti sessuali con quattro minori, di età compresa tra i 14 ed i 17 anni, facendoli denudare, per guardarli anche mentre visionavano video erotici, palpeggiando i loro organi genitali, masturbandoli e praticando loro dei rapporti orali, con le aggravanti di cui al richiamato terzo comma, rispetto a tre delle persone offese, e di aver commesso il fatto con l'abuso di potere e violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di culto (capo A); del reato di cui all'art. 61 c.p., n. 9), artt. 56 e 81 c.p., art. 600 bis c.p., commi 2 e 3, per aver tentato il compimento di atti sessuali con altri due minori, verso il corrispettivo di denaro ed altra utilità economica, in particolare, dopo averli denudati, aveva avvicinato la bocca ai genitali di uno, tentato di toccare i genitali di un altro, ed inviato messaggi telefonici in tema, non riuscendo nell'intento della consumazione del rapporto sessuale orale per il di-

niego opposto dagli stessi minori, con l'aggravante che uno dei due ragazzi aveva un'età inferiore agli anni 16 (capo B); del reato di cui all'art. 81, comma 2, art. 600 ter, comma 1, con riferimento all'art. 600 sexies c.p., comma 2, perché, utilizzando minori di anni diciotto, aveva realizzato e prodotto materiale pornografico, o comunque aveva indotto minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche, in particolare, dietro compenso di danaro o altra utilità economiche come le ricariche telefoniche, a posare nudi per le foto da lui realizzate, aventi ad oggetto gli organi genitali, con le aggravanti di aver commesso i fatti in danno di minori e con l'abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di culto (capo C). ...omissis...

1.1. Il Tribunale di Sciacca, con sentenza del 12 giugno 2015, ha condannato l'imputato alla pena di anni 9, mesi 8 di reclusione, ritenuta la continuazione, oltre spese e pene accessorie; per il reato di cui al capo A), la condotta di prostituzione minorile nei confronti di una delle persone offese è stata qualificata come tentativo; per il capo B), è stato escluso il reato nei confronti di una delle persone offese; per il capo C), è stato escluso il reato di pornografia minorile nei confronti di una delle

persone offese. L'imputato è stato assolto dai residui reati e condannato al risarcimento dei danni, oltre spese, a favore di due delle parti civili.

1.2. La Corte di appello di Palermo ha confermato la sentenza di primo grado. ...omissis...

3. Con ordinanza del 30 novembre 2017, la Terza Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso la trattazione del procedimento alle Sezioni Unite, non condividendo il seguente principio di diritto enunciato dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 13 del 31/05/2000, Bove, Rv. 216337, e seguito in modo costante dalle sezioni semplici: "Poiché il delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600 ter c.p., comma 1 - mediante il quale l'ordinamento appresta una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo quei comportamenti prodromici che, anche se non necessariamente a fine di lucro, ne mettono a repentaglio il libero sviluppo personale con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia - ha natura di reato di pericolo concreto, la condotta di chi impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici è punibile, salvo l'ipotizzabilità di altri reati, quando abbia una consistenza tale da implicare un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto". Si sostiene, in particolare, che tale impostazione tradizionale non trova riscontro nel dato normativo e che, anzi, contraddice lo spirito dei numerosi interventi legislativi che si sono avuti successivamente alla menzionata pronuncia e, in particolare, della decisione quadro 2004/68 del Consiglio del 22 dicembre 2003 e della L. n. 38 del 2006 che ha recepito, pressoché integralmente, la normativa sovranazionale in materia. Si afferma, quindi, in consapevole contrasto con l'orientamento prevalente, che ai fini dell'integrazione delle condotte di cui all'art. 600 ter c.p., comma 1, "non è necessario il pericolo, né astratto, né concreto della diffusione del materiale, profilo del quale si occupano specificatamente i commi successivi con autonome fattispecie di reato, punite con pene inferiori, ad eccezione del comma 2, relativo al commercio, per il quale si applica la stessa pena del comma 1" e che la realizzazione dell'esibizione fotografica, la produzione di materiale pornografico e l'induzione alla partecipazione ad esibizioni pornografiche costituiscono di per sé condotte criminose. Ne consegue, ad avviso della sezione rimettente, che "non è sostenibile, laddove non vi sia il pericolo di diffusione, che scatti la previsione dell'art. 600 quater c.p., perché questa norma è applicabile laddove sia esclusa ciascuna delle ipotesi contemplate dall'art. 600 ter c.p."

Le Sezioni Unite sono state quindi interpellate in applicazione del comma 1-bis dell'art. 618 c.p.p., introdotto dalla L. 23 giugno 2017, n. 103, il quale prevede, per le sezioni semplici che non condividano "il principio di

diritto enunciato dalle sezioni unite", l'obbligo di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso.

Quanto alla vicenda concreta, nell'ordinanza di rimessione si evidenzia ...omissis... che, nel caso sottoposto al suo giudizio, dalla lettura delle sentenze di merito "semberebbe escludersi il pericolo della diffusione del materiale pornografico", posto che la promessa di un contratto con la televisione e la presentazione dei moduli di richiesta di immagini da parte dell'imputato erano solo espedienti per attirare i ragazzi alla relazione omosessuale o al soddisfacimento di esigenze voyeuristiche, in mancanza di altri elementi indiziari.

Motivi della decisione.

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente:

"Se, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600 ter c.p., comma 1, n. 1), con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, sia necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla L. 6 febbraio 2006, n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale".

2. La soluzione di tale questione implica la necessità di una preliminare ricostruzione storico-sistematica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

2.1. La nozione di pornografia minorile è stata introdotta dalla L. 3 agosto 1998, n. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di schiavitù), la quale ha previsto una serie di nuove fattispecie di reato (gli art. 600 bis - prostituzione minorile; art. 600 ter - pornografia minorile; art. 600 quater - detenzione di materiale pedopornografico; art. 600 quinquies - iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile). Le nuove fattispecie sono state inserite nel Titolo XII della parte speciale dedicata ai Delitti contro la persona e, in particolare, nel Capo 3 (Dei delitti contro la libertà individuale), sezione 1 (Dei delitti contro la personalità individuale). L'articolato sistema di fattispecie incriminatrici introdotto dalla L. n. 269 del 1998 era ispirato ai principi sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la L. 27 maggio 1991, n. 176 che, nell'art. 34, impegnava gli Stati aderenti a proteggere "il fanciullo" da ogni forma di violenza e sfruttamento sessuale e, quindi, dallo sfruttamento ai fini di prostituzione o di produzione di spettacoli o di materiale pornografico.

Nella formulazione originaria del 1998, l'art. 600 ter c.p., comma 1, così recitava: "Chiunque sfrutta minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da lire cinquanta milioni a lire cinquecento milioni".

E la disposizione si iscriveva in un contesto normativo finalizzato a tutelare “lo sviluppo fisico, psicologico, spirituale morale, sociale” dei minori (L. n. 269 del 1998, art. 1), reprimendo svariati comportamenti considerati idonei ad attentare all’integrità del bene giuridico protetto. Il primo comma dell’articolo, nella versione del 1998, contemplava, dunque, due sotto-fattispecie: a) quella dello sfruttamento di minori al fine di realizzare esibizioni pornografiche; b) quella dello sfruttamento di minori al fine di produrre materiale pornografico. Dunque, secondo il tenore letterale dell’articolo, la realizzazione di esibizioni pornografiche e la produzione di materiale pornografico costituivano il fine, oggetto di dolo specifico, della condotta di “sfruttamento dei minori di anni diciotto”.

2.2. Sulla disposizione, nella sua formulazione originaria, si sono pronunciate, con la richiamata sentenza n. 13 del 2000, le Sezioni Unite di questa Corte alle quali la Terza Sezione penale (con ordinanza del 13 febbraio 1999), aveva posto la seguente questione: “Se il fatto, punito dall’art. 600 ter, comma 1, di sfruttare minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico postuli, o non, lo scopo di lucro e/o l’impiego di una pluralità di minori”. La questione era sorta in conseguenza dell’orientamento dottrinale maggioritario, secondo il quale, al termine “sfruttare” andava riconnesso un significato lucrativo, quantomeno economico, con la conseguenza che dovevano escludersi tutte quelle attività che si risolvevano nell’appagamento di intimi e riservati fini perversi o nell’occasionale utilizzazione di un singolo minore per gli anzidetti scopi. A tale orientamento si contrapponeva un’opinione minoritaria per la quale era preferibile un’interpretazione della disposizione volta ad includere l’incriminazione di condotte illecite che prescindevano dal ritorno economico, sul rilievo che il bene protetto era la tutela dell’essere umano.

Le Sezioni Unite, ricordando che vi erano ragioni letterali, teleologiche e logico-sistematiche per opporsi ad un’interpretazione economicistica della nozione di sfruttamento, hanno affermato che, nonostante il legislatore avesse adoperato il termine “sfrutta”, che evoca immediatamente le nozioni di “utile” e di “rendimento”, la fattispecie della produzione di materiale pornografico non richiedeva lo scopo di lucro da parte del reo. In altri termini, la locuzione “sfruttamento del minore” non doveva intendersi come “sfruttamento per fini economici” dovendosi avere riguardo al bene interesse protetto dalla norma che, come desumibile dalla L. n. 269 della 1998, art. 1, era la “salvaguardia dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale” dei minori. Peraltro, si è osservato che, anche dal punto di vista strettamente semantico, lo sfruttamento implica l’attività di trarre da qualcuno un qualsiasi tipo di utilità che, non necessa-

riamente, deve essere economica: “nell’art. 600 ter c.p. il legislatore ha adottato il termine “sfruttare” nel significato di utilizzare a qualsiasi fine (non necessariamente di lucro), sicché sfruttare i minori vuol dire impiegarli come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sè: significa insomma offendere la loro personalità, soprattutto nell’aspetto sessuale, che è tanto più fragile e bisognosa di tutela quanto più è ancora in formazione e non ancora strutturata”.

Ritenuto non necessario lo scopo di lucro per integrare il fatto tipico, la sentenza si è poi soffermata sulla struttura del reato, qualificandolo quale fattispecie di pericolo concreto. In altri termini, esso è integrato quando sussiste un pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto, tale da introdurlo nel circuito della pedofilia. Secondo la pronuncia, “oltre alla preesistente tutela penale della libertà (di autodeterminazione e maturazione) sessuale del minore, viene introdotta una tutela penale anticipata, volta a reprimere quelle condotte prodromiche che mettono a repentaglio il libero sviluppo personale del minore, mercificando il suo corpo e immettendolo nel circuito perverso della pedofilia”. In tale quadro, non è configurabile il reato quando la produzione pornografica sia destinata a restare nella sfera strettamente privata dell’autore, occorrendo la sussistenza del pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico prodotto, il cui accertamento è demandato, di volta in volta, al giudice. Ne consegue che, nell’ipotesi di materiale realizzato per essere conservato dall’autore e non diffuso, trova applicazione non la disposizione dell’art. 600 ter c.p., comma 1, ma quella dell’art. 600 quater, che sanziona la mera detenzione di materiale pedopornografico e che, nella sua formulazione originaria, aveva il seguente tenore: “Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell’art. 600 ter, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a lire tre milioni”. Nell’ottica della rilevanza del requisito del pericolo di diffusione, le Sezioni Unite hanno precisato che è compito del giudice accertare di volta in volta la configurabilità del predetto pericolo, facendo ricorso ad elementi sintomatici della condotta 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 o differito nel tempo di più minori per la produzione del materiale pornografico - dovendosi considerare la pluralità di minori impiegati non elemento costitutivo

del reato ma indice sintomatico della pericolosità concreta della condotta, i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile nonché gli altri indizi significativi suggeriti dall'esperienza. Hanno, di conseguenza, escluso la ricorrenza del concreto pericolo di diffusione del materiale in un'ipotesi in cui l'agente aveva realizzato e detenuto alcune fotografie pornografiche che ritraevano un minore, consenziente, per uso puramente "affettivo", anche se perverso.

2.3. Successivamente, l'Italia ha ratificato, con la L. 11 marzo 2002, n. 46, il Protocollo opzionale alla Convenzione dei diritti del fanciullo, concernente la vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, fatto a New York il 6 settembre 2000; protocollo nascente dall'esigenza degli Stati di contrastare, con strumenti sempre più articolati ed omogenei, anche dal punto di vista internazionale, i gravi fenomeni ivi menzionati. Questa legge ha, tra l'altro, impartito disposizioni processuali per la salvaguardia del minore vittima e testimone di tali reati, integrando sul punto la L. n. 66 del 1996.

Di fondamentale importanza per l'evoluzione normativa è stata, però, la Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile. Con tale atto normativo, l'Unione Europea ritiene lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile gravi violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto fondamentale di tutti i bambini ad una crescita, un'educazione ed uno sviluppo armoniosi (par. 4 dei "considerando"), particolarmente pericolosa la pornografia infantile, a causa della diffusione a mezzo Internet (par. 5 dei "considerando"), sicché l'importante opera portata avanti da organizzazioni internazionali deve essere integrata da quella dell'Unione Europea (par. 6 dei "considerando") ed è necessario affrontare reati gravi quali lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia infantile con un approccio globale comprendente quali parti integranti elementi costitutivi della legislazione penale comuni a tutti gli Stati membri, tra cui sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, e una cooperazione giudiziaria più ampia possibile (par. 7 dei "considerando"). In questo contesto, sono state dettate regole minime a cui gli Stati membri avrebbero dovuto attenersi, alle quali la disciplina italiana del 1998 già sostanzialmente si uniformava.

La L. 6 febbraio 2006, n. 38, art. 2 (Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet) ha apportato rilevanti modifiche al sistema introdotto dalla L. del 1998. In particolare, con l'art. 2, è intervenuta sull'art. 600 ter, norma centrale dell'intero sistema

sanzionatorio, prevedendo una pluralità di fattispecie incriminatrici che, pur se autonome tra loro, sono ordinate secondo un criterio gerarchico rinvenibile sia nella degradante severità delle pene edittali, sia nel sistema delle cause di esclusione disciplinate nel terzo e nel quarto comma. Come emerge dai lavori parlamentari, l'intervento legislativo è espressione dell'esigenza di soddisfare le linee guida in materia di repressione della pedopornografia proprie della decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/68/GAI ed evidenzia la volontà del legislatore di "anticipare ulteriormente la già avanzata soglia di rilevanza penale stabilita dalla L. n. 269 del 1998", richiamando l'interpretazione della nozione di "sfruttamento" data dalle Sezioni Unite (si veda la relazione di presentazione del disegno di legge della Camera dei deputati n. 4599, prodromico all'adozione della L. n. 38 del 2006). In tale quadro, la nuova condotta tipizzata è quella di "chi realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico, utilizzando minori degli anni diciotto ovvero induce i medesimi a partecipare ad esibizioni pornografiche". Il verbo "utilizzare" ha quindi preso il posto di "sfruttare" ed è scomparso "il fine di", prima previsto; tutto ciò comporta, sia che per la consumazione dei delitti occorre l'utilizzazione dei minori per la produzione di esibizioni o di materiale pornografico a prescindere da qualsiasi finalità lucrativa o commerciale, sia che per l'individuazione dell'elemento soggettivo deve farsi riferimento al dolo generico (occorre comunque la consapevolezza che i soggetti utilizzati siano minorenni) e non più al dolo specifico richiesto in passato.

L'art. 600 ter c.p. ha poi subito ulteriori interventi per effetto sia del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 aprile 2009, n. 38, sia del D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119. Ma l'intervento più incisivo è stato quello successivamente operato con la L. 1 gennaio 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), la quale ha interamente sostituito il testo originario dell'art. 600 ter e inserito gli attuali commi 6 e 7, quest'ultimo contenente la definizione di "pornografia minorile". Anche tale legge ha avuto un iter particolarmente lungo e complesso e, come evidenziato nei lavori preparatori, trova la sua ratio giustificatrice, al pari dei precedenti interventi normativi, "nell'esigenza di armonizzare il precedente impianto normativo ai parametri fissati dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali (Lanzarote, 25 ottobre 2007) e dalla Direttiva dell'Unione Europea 2011/93 (Ue) contro l'abuso e lo sfruttamento

sessuale dei minori e la pornografia minorile”. Essa ha introdotto, con riferimento a quanto qui di interesse, due diverse ipotesi incriminatrici: 1) la realizzazione di esibizioni o spettacoli pornografici o la produzione degli stessi utilizzando i minori; 2) il reclutamento, l’induzione di minori a partecipare ad esibizioni o spettacoli pornografici e a trarre profitto da essi. In relazione alla prima delle due condotte, non sono state apportate novità significative rispetto alla formulazione previgente, se non per l’inserimento del riferimento agli “spettacoli di natura pornografica”, di cui, peraltro, non è stata fornita la definizione; cosicché gli stessi sembrano rappresentare un tutt’uno con le “esibizioni” che, in costanza della previgente disciplina, dovevano intendersi come le rappresentazioni di natura pornografica realizzate in pubblico a cui potevano assistere una o più persone. La convenzione di Lanzarote e la successiva legge nazionale di ratifica hanno inciso, inoltre, sulle sanzioni, sui termini di prescrizione e su alcuni profili procedurali, non rilevanti in questa sede.

All’esito delle modifiche apportate, l’art. 600 ter c.p., comma 1, risulta attualmente così formulato: “È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da Euro 24.000 a Euro 240.000 chiunque: 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto”. E la disposizione fornisce, all’ultimo comma, la definizione di pornografia minorile come “ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali”.

2.4. La Corte di cassazione, in modo pressoché univoco dopo l’arresto delle Sezioni Unite del 2000, ha continuato, nonostante le modifiche apportate negli anni agli articoli in esame, ad interpretare l’art. 600 ter, comma 1, non prescindendo mai dalla necessità dell’accertamento del pericolo concreto della diffusione del materiale prodotto; e tale elemento ha costituito il discrimine fra la fattispecie di cui sopra e quella residuale, di cui all’art. 600 quater c.p.

...Omissis...

2.4.2. Tra le poche [decisioni] di segno diverso, vi è l’affermazione, contenuta nella pronuncia Sez. 3, n. 27373 del 31/01/2012, Z. e altri, nella quale sostanzialmente si esclude che la condotta di cui all’art. 600 ter c.p., comma 1, richieda il pericolo di diffusione e, nel richiamare la sentenza n. 13 del 2000, si sostiene che la necessità di verifica del pericolo concreto è stata affermata “esaminando la formulazione del testo previgente (...) che conteneva la dizione “sfruttamento”, disposizione sostituita con la L. 6 febbraio 2006, n. 18”.

Tale principio - continua la Corte - “attiene in via più diretta, semmai, alla ben diversa condotta di divulgazione di materiale pedopornografico (da chiunque altri prodotta) tipizzata al comma 3”.

E muove dal dubbio che la verifica in concreto del pericolo di diffusione sia ancora necessaria, pur non negando espressamente la natura di reato di pericolo della fattispecie in esame, la pronuncia Sez. 3, n. 16340 del 12/03/2015, M., Rv. 263355, là dove afferma che “non si può non rilevare che l’intervento dirimente delle S.U. da cui si origina la giurisprudenza di legittimità che allo stato governa l’interpretazione dell’art. 600 ter, comma 1 si colloca ormai in una data che può definirsi risalente, essendosi negli ultimi quindici anni espanso ad un livello all’epoca non percepibile e non prevedibile da chi non fosse particolarmente inserito nel settore, il fenomeno dei così detti social networks, ovvero l’intensa potenza comunicativa anche tra privati nella rete, pervenuta ad una sorta di ubiquità *in re ipsa* di quanto prende le mosse dall’utente di un tale apparato. Laddove, pertanto, le S.U. chiedevano al giudice di merito di accertare di volta in volta la potenzialità concreta di diffusione pure mediante uno strumento telematico, l’odierno notorio insegna che l’inserimento di materiale entro un social network, come Facebook più non necessita, in realtà, alcuno specifico accertamento sulla potenzialità diffusiva. E parimenti anche il riferimento ad organizzazioni “rudimentali” o embrionali risulta ormai superato, ovvero anacronistico, tenuto conto della disponibilità quanto mai agevole che le strutture di comunicazione telematica sociale offrono oggi a chiunque se ne voglia avvalere, senza alcuna necessità di adoperarsi per porre in essere propri personali apparati. La “piazza telematica” è aperta a tutti e la sua idoneità a diffondere quanto tutti vi versano, incluso il materiale pornografico, ha raggiunto un livello notoriamente così elevato da esonerare la necessità di valutazione del concreto pericolo, nel momento in cui il materiale, appunto, è inserito entro un frequentatissimo social network, come è avvenuto nel caso di specie, in cui l’imputato lo ha veicolato su Facebook”.

3. Così ricostruito il quadro legislativo e giurisprudenziale, l’interpretazione proposta dall’orientamento largamente dominante, nel senso della necessità del requisito del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico, deve ritenersi superata dall’evoluzione normativa e, comunque, anacronistica, in quanto riferita a un contesto sociale e a un grado di sviluppo tecnologico - quelli della seconda metà degli anni ‘90 del secolo scorso - che sono radicalmente mutati negli ultimi anni.

3.1. Deve prendersi atto del fatto che la richiamata sentenza del 2000 delle Sezioni Unite rispondeva all’esigenza, del tutto legittima, di evitare di trattare con ec-

cessivo rigore sanzionatorio - essendo molto elevata la pena edittale prevista: reclusione da sei a dodici anni e multa da lire cinquanta milioni a lire cinquecento milioni - la realizzazione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori, avendo superato l'idea che lo sfruttamento punito dalla disposizione dovesse presentare risvolti economici e, dunque, avendo elaborato una nozione di "sfruttamento" sostanzialmente coincidente con quella di "utilizzazione", poi fatta propria dal legislatore, con la riforma del 2006. Nella ricostruzione interpretativa di allora, per "compensare" l'ampliamento della nozione di sfruttamento, i casi nei quali la produzione del materiale pedopornografico era invece destinata ad una fruizione meramente privata, da parte dello stesso soggetto che aveva realizzato detto materiale, erano ricondotti all'ambito di applicazione dell'art. 600 quater, assai meno rigoroso sul piano sanzionatorio (reclusione fino a tre anni e multa non inferiore a lire tre milioni). E tale conclusione trovava spazio perché non vi era una definizione chiara di pornografia minore - come quella introdotta nel 2012 all'ultimo comma dell'art. 600 ter - che fosse imperniata sull'esigenza di tutela della dignità sessuale e dell'immagine del minore. Dunque, per attrazione di significato (rispetto alle previsioni dello stesso articolo riferite a "spettacoli" ed "esibizioni"), "produrre" materiale pornografico voleva dire "produrre materiale destinato alla fruizione da parte di terzi", giacché era insita nel concetto stesso di pornografia (elaborato all'epoca) la visione perversa da parte di una cerchia indeterminata di soggetti. L'introduzione, in via interpretativa, del requisito del pericolo di diffusione si giustificava, allora, perché l'applicazione di un trattamento sanzionatorio così rigoroso richiedeva necessariamente che vi fosse qualcosa di più della semplice captazione dell'immagine pornografica del minore, in un contesto tecnologico nel quale la captazione non implicava necessariamente la successiva diffusione. Se, però, il requisito del pericolo concreto di diffusione del materiale poteva fungere da guida per l'interprete all'inizio degli anni '2000, esso è diventato oggi anacronistico, a causa della pervasiva influenza delle moderne tecnologie della comunicazione, che ha portato alla diffusione di cellulari smartphone, tablet e computer dotati di fotocamera incorporata, e ha reso normali il collegamento a Internet e l'utilizzazione di programmi di condivisione e reti sociali. Mentre un tempo la disponibilità di un collegamento a Internet rappresentava un *quid pluris*, da verificare caso per caso, rispetto la disponibilità di una fotocamera o videocamera con la quale realizzare immagini o video pornografici, l'attuale situazione è caratterizzata dalla accessibilità generalizzata alle tecnologie della comunicazione, che implicano facilità, velocità e frequenza nella creazione, nello scambio, nella condivisione, nella diffusione di immagini e video

ritraenti una qualsiasi scena, anche della vita privata. Ne deriva che il riferimento al presupposto del pericolo concreto di diffusione del materiale realizzato - come elaborato dalle Sezioni Unite del 2000 e dalla giurisprudenza successiva - ha oggi scarso significato, essendo ormai potenzialmente diffusiva qualsiasi produzione di immagini o video.

3.2. Il superamento dell'orientamento largamente maggioritario rappresenta, inoltre, la logica conseguenza dell'evoluzione legislativa sopra delineata. In particolare, deve rilevarsi che il legislatore del 2006 ha sostituito allo "sfruttamento" la "utilizzazione" del minore, sia nell'art. 600 ter sia nell'art. 600 quater c.p., razionalizzando il sistema e confermando, nella sostanza, il punto di arrivo di quella stessa giurisprudenza, secondo cui doveva escludersi che il concetto di sfruttamento fosse caratterizzato da risvolti economici, ma non ha ritenuto di inserire espressamente nel nuovo testo normativo il requisito del pericolo di diffusione. Tale scelta non può essere considerata neutra sul piano interpretativo, perché - come ampiamente visto - l'evoluzione normativa interna è il risultato del progresso della normativa sovranazionale, nel senso di far rientrare nel perimetro dell'incriminazione ogni produzione di materiale pornografico, laddove il sistema ruota ormai intorno ai concetti di "pornografia" e di "utilizzo". Dunque, mentre il previgente testo era connotato dalla lotta allo "sfruttamento" dei minori per finalità di pornografia, la novella del 2006 ha inteso ampliare la sfera di tutela, non limitandosi alla mera sostituzione del termine "sfrutta" con la parola "utilizza", ma anche modificando i commi successivi, con l'aggiunta, nel secondo comma, dell'espressione "diffonde", con la modifica del quarto comma e con l'aggiunta del quinto. Ne è così derivata una norma di più ampio respiro, che appare indirizzata a punire la generalità delle condotte che danno origine a materiale pornografico in cui vengono utilizzati soggetti minorenni e che ha trovato il suo logico completamento con l'introduzione, ad opera, della L. n. 172 del 2012, della definizione di "pornografia minore", riferita ad ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali. Proprio l'introduzione di tale definizione chiarisce che oggetto della tutela penale sono l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale del minore; ciò che consente di ricostruire la fattispecie in esame in termini di illecito di danno, perché l'utilizzazione del minore nella realizzazione di materiale pornografico compromette di per sé il bene giuridico consumando l'offesa che il legislatore mira ad evitare.

3.3. L'esclusione del requisito del pericolo di diffusione e della ricostruzione della fattispecie in termini di reato

di danno, appare più coerente anche sul piano sistematico, se si considerano i rapporti tra l'art. 600 ter e il successivo art. 600 quater c.p. Come già osservato, tale ultima disposizione ha l'evidente scopo di "chiudere" il sistema, in modo che siano sanzionate, sostanzialmente, tutte le possibili aggressioni al bene primario del libero e corretto sviluppo psicofisico del minore e, più in particolare, della sua sfera sessuale. In altri termini, esso rappresenta l'ultimo anello di una catena di condotte anti-giuridiche, di lesività decrescente, che iniziano con la produzione e proseguono con la commercializzazione, cessione diffusione - punite dall'art. 600 ter - sanzionando il "procurarsi" o "detenere" materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto. Si tratta di condotte che non integrano due distinti reati (sul punto, Sez. 3, n. 38221 del 25/05/2017, F., Rv. 270994; Sez. 3, n. 43189 del 09/10/2008, T., Rv. 241425), ma rappresentano due diverse modalità di realizzazione del medesimo reato e, quindi, non possono concorrere tra loro se riguardano il medesimo materiale, ricorrendo la continuazione fra reati nel caso in cui il materiale pedopornografico sia stato procurato in momenti diversi e poi detenuto. L'attuale testo dell'articolo è stato introdotto dal legislatore del 2006 che al verbo "disporre" ha sostituito quello più preciso di "detenere", con la conseguenza che la sua formulazione letterale comporta che non sia configurabile la fattispecie incriminatrice ogni qual volta il soggetto consulti o visioni materiale pornografico in possesso di altri o via Internet, mentre comprende pacificamente le ipotesi di memorizzazione del materiale nell'hard disk del computer, in cd-rom, dvd, o altri supporti. Ma ciò che più rileva, ai fini che qui interessano, è il carattere esplicitamente residuale ("al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 600 ter") della fattispecie - sottolineato dalle Sezioni Unite nel 2000 e ribadito, tra le altre, da Sez. 3, n. 2211 del 22/10/2014, dep. 2015, A., Rv. 261597; Sez. 3, n. 11997 del 02/02/2011, L., Rv. 249656 - la quale ha come presupposto che l'agente non sia stato precedentemente coinvolto nelle condotte sanzionate dall'art. 600 ter, come emerge dalla clausola di riserva prevista dallo stesso art. 600 quater. Tanto che, secondo la giurisprudenza di legittimità, la fattispecie in questione "richiede la mera consapevolezza della detenzione del materiale pedopornografico, senza che sia necessario il pericolo della sua diffusione ed infatti tale fattispecie ha carattere sussidiario rispetto alla più grave ipotesi delittuosa della produzione di tale materiale a scopo di sfruttamento" (Sez. 3, n. 20303 del 07/06/2006, P., Rv. 234699). Da tale ricostruzione derivava - come visto - l'orientamento tradizionale, secondo cui la realizzazione di materiale pedopornografico utilizzando minori di anni diciotto, in mancanza di un pericolo concreto di diffusione, era equiparata alla condotta

di chi si procurava o deteneva materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto.

Come anticipato, l'opposta soluzione, nel senso dell'irilevanza del pericolo di diffusione ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600 ter c.p., risulta maggiormente coerente con il dato letterale, quale emerge dall'ultima formulazione di tale disposizione e del successivo art. 600 quater. Entrambe si riferiscono, infatti, al materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto, ma la prima delle due incrimina la produzione di detto materiale equiparandola alla realizzazione di esibizioni o spettacoli pornografici (primo comma, n. 1), mentre la seconda incrimina il procurarsi o detenere il materiale in questione. E la presenza di un evidente nucleo comune, rappresentato dall'utilizzazione di minori per la realizzazione di materiale pornografico, deve indurre l'interprete a svalutare il profilo della "produzione" del materiale. Dunque, alla luce dell'evoluzione del quadro normativo sopra delineata, il termine "produzione" - interpretato dalle Sezioni Unite nel 2000 come "produzione di materiale destinato ad essere diffuso nel mercato della pedofilia" - non ha più una sua autonomia di significato rispetto al termine "realizzazione", utilizzato nello stesso n. 1) dell'art. 600 ter, comma 1, con riferimento alle esibizioni o spettacoli; con la conseguenza che la "produzione" altro non è che la "realizzazione di materiale pornografico". Si verifica, così, un ampliamento dello spazio di operatività della clausola di salvaguardia fissata dall'art. 600 quater perché tale disposizione e il precedente art. 600 ter hanno ad oggetto lo stesso materiale pornografico; con la conseguenza che il produttore di tale materiale risponderà della più grave fattispecie dell'art. 600 ter, mentre la meno grave fattispecie dell'art. 600 quater troverà spazio solo per i soggetti diversi dal produttore.

3.4. Un ulteriore argomento a favore dell'interpretazione qui delineata è rappresentato dall'introduzione, ad opera della L. n. 38 del 2006, art. 4, dell'art. 600 quater.1 (Pornografia virtuale), che accomuna le ipotesi sanzionatorie di cui ai due precedenti articoli, prevedendo che ciascuna di esse si applica - con pena diminuita di un terzo - anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, e precisa che per immagini virtuali si intendono quelle realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali. Si tratta, evidentemente, di una disposizione che muove dal presupposto dell'assoluta identità dell'oggetto materiale delle due fattispecie sanzionatorie alle quali si riferisce - il materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto - perché con la sua formulazione, in cui si fa riferimento alla "realizzazione"

ma non alla “produzione”, conferma la mancanza di autonomia concettuale della “produzione” rispetto alla realizzazione, con conseguente irrilevanza del presupposto del pericolo di diffusione, in quanto tradizionalmente riferito alla sola “produzione”.

4. Devono essere ora valutate le conseguenze del superamento dell’orientamento giurisprudenziale dominante.

4.1. Sotto un primo profilo, viene in rilievo il rischio - già ampiamente evidenziato - di un’applicazione eccessivamente espansiva della norma penale, ben al di là di ipotesi che rispecchino la gravità sociale e lo spessore criminale del fenomeno della pedopornografia. Ci si deve porre, infatti, il problema della rilevanza penale della cd. “pornografia domestica”, ossia della condotta di chi realizza materiale pornografico in cui sono coinvolti minori che abbiano raggiunto l’età del consenso sessuale nei casi in cui tale materiale è prodotto e posseduto con il consenso di tali minori e unicamente a uso privato delle persone coinvolte.

4.1.1. In relazione a tali fatti deve essere indubbiamente valorizzato, al fine di evitare “ipercriminalizzazioni” non coerenti con le finalità proprie del diritto penale, il dato dell’appartenenza di tali condotte all’ambito “dell’autonomia privata sessuale”. Tengono espressamente conto di tale esigenza le fonti sovranazionali sopra richiamate. In particolare, l’art. 3, comma 2, della Decisione Quadro del Consiglio n. 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, il quale così dispone: “2. Uno Stato membro può prevedere che esulino dalla responsabilità penale le condotte connesse con la pornografia infantile: (...) b) di cui all’art. 1, lett. b), punti 1) e 2), in cui, trattandosi di produzione e possesso, immagini di bambini che abbiano raggiunto l’età del consenso sessuale siano prodotte e detenute con il loro consenso e unicamente a loro uso privato. Anche nei casi in cui sia stata stabilita l’esistenza del consenso, questo non può essere considerato valido se, ad esempio, l’autore del reato l’ha ottenuto avvalendosi della sua superiorità in termini di età, maturità, stato sociale, posizione, esperienza, ovvero abusando dello stato di dipendenza della vittima dall’autore”. Analoghe previsioni sono contenute nell’art. 20, comma 3, della Convenzione di Lanzarote, [che dà] al legislatore statale la facoltà di escludere la rilevanza penale della produzione e del possesso di materiale pornografico in cui sono coinvolti minori che hanno raggiunto l’età del consenso sessuale, “quando tali immagini sono prodotte o detenute da questi ultimi con il loro consenso e unicamente a loro uso privato”. Sulla stessa linea si colloca la Direttiva dell’Unione Europea 2011/93 (Ue) contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che ha sostituito la precedente Decisione Quadro del Consiglio n. 2004/68/GAI ed è stata attuata nell’ordinamento interno con il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 39, la quale attribuisce alla discrezionalità degli Stati

membri decidere se attribuire o no rilevanza penale alla “produzione, all’acquisto o al possesso di materiale pedopornografico in cui sono coinvolti minori che abbiano raggiunto l’età del consenso sessuale nei casi in cui tale materiale è prodotto e posseduto con il consenso di tali minori e unicamente a uso privato delle persone coinvolte, purché l’atto non implichi alcun abuso”.

4.1.2. La ricostruzione dogmatica operata dall’orientamento giurisprudenziale tradizionale, che qui si intende superare, forniva una soluzione del tutto parziale del problema, escludendo di fatto che la pornografia domestica potesse rientrare nel concetto di “produzione” di cui all’art. 600 ter, per la mancanza del pericolo di diffusione, ma riconducendola, pur sempre, all’ambito del penalmente rilevante, attraverso il richiamo all’applicabilità della fattispecie residuale del successivo art. 600 quater. Per contro, il nuovo inquadramento sistematico della fattispecie, sopra delineato, induce a valorizzare, allo scopo di evitare l’incriminazione di un comportamento evidentemente privo di rilevanza penale, il concetto cardine di “utilizzo del minore”, enfatizzandone la portata dispregiativa, nel senso che esso implica una “strumentalizzazione” del minore stesso. Deve dunque intendersi per “utilizzo” la trasformazione del minore, da soggetto dotato di libertà e dignità sessuali, in strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri o per il conseguimento di utilità di vario genere; condotta che rende invalido anche un suo eventuale consenso (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 1783 del 17/11/2016, dep. 16/01/2017, C., Rv. 269412; Sez. 3, n. 1181 del 23/11/2011, dep. 16/01/2012, L., Rv. 251905). Si devono, insomma, distinguere le condotte di produzione aventi un carattere abusivo, per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore o per modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno) o per il fine commerciale che sottende la produzione, o per l’età dei minori coinvolti, qualora questa sia inferiore a quella del consenso sessuale. In altri termini, qualora le immagini o i video abbiano per oggetto la vita privata sessuale nell’ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell’autore, ma siano frutto di una libera scelta - come avviene, per esempio, nell’ambito di una relazione paritaria tra minorenni ultraquattordicenni - e siano destinate ad un uso strettamente privato, dovrà essere esclusa la ricorrenza di quella “utilizzo” che costituisce il presupposto dei reati sopra richiamati.

Dunque, il discrimine fra il penalmente rilevante e il penalmente irrilevante in questo campo non è il consenso del minore in quanto tale, ma la configurabilità dell’utilizzazione, che può essere esclusa solo attraverso un’approfondita valutazione della sussistenza in concreto dei

presupposti sopra delineati; e deve a tal fine ricordarsi che, in ogni caso, il carattere pornografico o meno di immagini ritraenti un minore, costituisce apprezzamento di fatto demandato al giudice di merito e, pertanto, sottratto al sindacato di legittimità se sorretto da una motivazione immune da vizi logici e giuridici (Sez. 3, Sentenza n. 38651 del 09/06/2017, R., Rv. 270827).

4.1.3. Non osta a tale conclusione la circostanza che il legislatore interno, nell'attuazione delle richiamate discipline sovranazionali in materia, non abbia ritenuto di fissare espresse esclusioni rispetto alla generalizzata rilevanza penale della pornografia minorile, pur consentite da tali discipline. Deve infatti ribadirsi che è lo stesso concetto di "utilizzazione", cui fanno riferimento sia l'art. 600 ter sia l'art. 600 quater c.p., che circoscrive l'area del penalmente rilevante, perché presuppone la ricorrenza di un differenziale di potere tra il soggetto che realizza le immagini e il minore rappresentato, tale da generare una strumentalizzazione della sfera sessuale di quest'ultimo. E anzi, tale ricostruzione interpretativa trova conferma nella struttura del sistema che il legislatore ha inteso creare, nell'ambito del quale, al severissimo trattamento sanzionatorio previsto per la produzione di materiale pedopornografico, si somma un cospicuo apparato di circostanze aggravanti - originariamente contenuto nell'art. 600 sexies, abrogato dalla L. n. 172 del 2012, art. 4, comma 1, lett. i), e oggi nell'art. 602 ter - tra le quali assume particolare significatività, per quanto qui rileva, quella prevista dal quinto comma di tale articolo, in forza della quale la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni sedici. Si tratta, infatti, di sanzioni che, per la loro entità, sarebbero ingiustificabili, alla stregua del principio costituzionale di ragionevolezza, qualora si volessero ritenere applicabili al fenomeno della "pornografia minorile domestica".

4.2. Un'altra possibile conseguenza del superamento dell'orientamento espresso dalla sentenza n. 13 del 2000 e dalla successiva giurisprudenza di legittimità è quella individuata nell'ordinanza della Terza Sezione penale.

In essa si richiama, quale elemento a sostegno della rimessione alle Sezioni Unite, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani che ha censurato l'*overruling* interpretativo in *malam partem* per violazione dell'art. 7 CEDU (si richiamano, tra le più recenti Corte EDU, Sez. 3, 17 ottobre 2017, Navalnyy c. Russia, e Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna). Si precisa, inoltre, che non constano precedenti nazionali sulle ricadute della giurisprudenza di Strasburgo nel nostro sistema in *subiecta* materia, mentre nel caso dell'*overruling in bonam partem*, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 18288 del 21/01/2010, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651, hanno affermato che il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle

Sezioni Unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata: la Corte ha precisato, in particolare, che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7 include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale. La Corte costituzionale, però, con la sentenza n. 230 del 2012, in un caso in cui il giudice aveva dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la possibilità della revoca del giudicato a seguito di mutamento della giurisprudenza, ha ritenuto non manifestamente irrazionale che il legislatore, per un verso, valorizzasse, anche in ossequio ad esigenze di ordine costituzionale, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, e delle Sezioni Unite in particolare postulando, con ciò, che la giurisprudenza successiva si uniformasse "tendenzialmente" alle decisioni di queste ultime - e, dall'altro, omettesse di prevedere la revoca delle condanne definitive pronunciate in relazione a fatti che, alla stregua di una sopravvenuta diversa decisione dell'organo della nomofilachia, non erano previsti dalla legge come reato, col risultato di consentire trattamenti radicalmente differenziati di autori di fatti analoghi. Secondo la Corte costituzionale, in altri termini, nel nostro ordinamento, nonostante l'orientamento della Corte di Strasburgo, il cosiddetto diritto vivente non può avere la stessa funzione della legge, sicché non è idoneo a mettere in discussione il giudicato, soggiungendosi, peraltro, che la citata sentenza delle Sezioni Unite n. 18288 del 2010 e la sentenza Sez. 2, n. 19716 del 06/05/2010, Merlo, Rv. 247113, non avevano mancato di porre adeguatamente in risalto il netto iato che separava gli istituti esaminati, riconducibili più correttamente all'ambito delle preclusioni, rispetto al giudicato vero e proprio.

Fatta questa premessa, deve rilevarsi che, in riferimento alla questione qui in esame, il problema dell'*overruling in malam partem* non viene comunque in rilievo, essendo ormai generalizzato - come visto - il pericolo di diffusione del materiale realizzato utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale. Risulta significativo, a tal fine, che già la sentenza delle Sezioni Unite del 2000 individuasse una serie di elementi sintomatici liberamente apprezzabili dal giudice, anche disgiuntamente, ai fini

della verifica della sussistenza del pericolo di diffusione tra i quali “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”. E una tale disponibilità, che all’epoca di quella pronuncia era tutt’altro che scontata e doveva essere oggetto di specifico accertamento, è oggi assolutamente generalizzata, essendo la riproducibilità e trasmissibilità di immagini e video immediata conseguenza della loro produzione. A ciò deve aggiungersi che, pur con il superamento del presupposto del pericolo di diffusione ritenuto necessario dalla giurisprudenza tradizionale, la disposizione dell’art. 600 ter c.p. risulta comunque circoscritta nel suo ambito di applicazione dall’interpretazione restrittiva del concetto di “utilizzo”, tale da escludere la c.d. “pornografia domestica”.

5. Si deve dunque affermare il seguente principio di diritto: “Ai fini dell’integrazione del reato di cui all’art. 600 ter c.p., comma 1, n. 1), con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla L. 6 febbraio 2006, n. 38, l’accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale”.

6. Venendo al caso di specie, deve rilevarsi che il ricorso è inammissibile.

6.1. ...omissis... in ordine alla mancanza del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico presuntivamente prodotto, non solo deve richiamarsi il principio di diritto appena affermato, ma deve ulteriormente rilevarsi che, nel caso di specie, la sussistenza di un tale pericolo emerge in modo inequivocabile dall’analitica motivazione della sentenza impugnata; ciò che rende irrilevante la mancanza di un’espressa statuizione della Corte d’appello sulla relativa doglianza. Non risulta, infatti, condivisibile l’affermazione della sezione rimettente secondo cui la promessa di un contratto con la televisione e la presentazione di falsi moduli di richiesta di immagini da parte dell’imputato erano solo espedienti per attirare i ragazzi alla relazione omosessuale o al soddisfacimento di esigenze voyeuristiche, in mancanza di altri elementi indiziari. Deve in particolare osservarsi che, dalla descrizione dei fatti, quale emerge dalla sentenza di secondo grado, il pericolo di diffusione del materiale appare evidente, per l’esistenza di almeno quattro indici sintomatici, tra quelli individuati dall’orientamento interpretativo tradizionale, a partire dalla sentenza n. 13 del 2000: 1) la pluralità delle vittime; 2) la disponibilità di apparecchiature elettroniche concretamente idonee alla diffusione, avendo la stessa difesa, in sede di appello, sostenuto che il computer dell’imputato era sprovvisto di password e soggetto a potenziali accessi di terzi; 3) la presenza sul computer dell’impu-

tato anche di immagini a contenuto pornografico gay, evidentemente scaricate da Internet, indice di un suo collegamento in rete; 4) la negativa personalità dell’imputato, quale emerge dalla predisposizione di materiale falso relativo ad eventuali audizioni cui i minori avrebbero voluto partecipare.

Ne deriva la manifesta infondatezza della doglianza formulata, essendo comunque configurabile in concreto il reato contestato, sia facendo applicazione dell’orientamento giurisprudenziale - da intendersi superato - che richiede il pericolo di diffusione quale presupposto dello stesso, sia facendo applicazione del principio di diritto enunciato con la presente sentenza; con l’ulteriore conseguenza - già anticipata sub 4.2. - della non configurabilità in concreto di un *overruling in malam partem*.

6.2. Parimenti inammissibili sono i successivi rilievi difensivi ...omissis...

7. - Il ricorso, conseguentemente, deve essere dichiarato inammissibile. Tenuto conto della sentenza 13 giugno 2000, n. 186, della Corte costituzionale e rilevato che, nella fattispecie, non sussistono elementi per ritenere che “la parte abbia proposto il ricorso senza versare in colpa nella determinazione della causa di inammissibilità”, alla declaratoria dell’inammissibilità medesima consegue, a norma dell’art. 616 c.p.p., l’onere delle spese del procedimento nonché quello del versamento della somma, in favore della Cassa delle ammende, equitativamente fissata in euro 2.000,00.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 2.000,00 in favore della Cassa delle ammende.

IL COMMENTO

di Lorenzo Picotti

Sommario: 1. L'oggetto del contrasto ermeneutico: il "pericolo concreto di diffusione" del materiale pedopornografico. – 2. La ricostruzione del modificato quadro normativo alla luce delle fonti sovranazionali e dell'intervenuta evoluzione tecnologica con il relativo impatto sociale. – 3. Il significato sistematico della condotta di "utilizzazione" dei minori. – 4. Profili critici: il delitto di produzione come "reato di danno"? – 5. Superamento od aggiramento delle garanzie dell'*overruling* con effetti *in malam partem*?

L'A. condivide il cambiamento di giurisprudenza espresso dalle Sezioni unite, che hanno escluso la necessità, per l'integrazione del delitto di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter, comma 1, n. 1 c.p., del requisito non scritto, aggiunto in via interpretativa dalla precedente sentenza delle Sezioni unite del 31 maggio 2000, del "pericolo concreto di diffusione" del materiale stesso. Attraverso un'ampia ricostruzione storica e sistematica dell'evoluzione della normativa nazionale e sovranazionale in materia, è stato tenuto conto del forte impatto delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione sui comportamenti criminosi da contrastare ed è stata delineata la linea di confine sia rispetto alle ipotesi meno gravi di mera detenzione sia rispetto a quelle penalmente irrilevanti in cui non può ravvisarsi alcuna utilizzazione del minore, per il contesto del rapporto privato in cui sono realizzate le immagini, con valido consenso del minore.

The Author agrees with the decision of the United Chambers of the Supreme Court - which overrule the previous orientation in case of production of child pornography punished by article 600-ter, paragraph 1, n. 1 of the Italian criminal code - according to which it's no longer necessary to ascertain the "concrete risk of dissemination" of pornographic material. Such not-written requirement was added by the previous judgment of the United Chambers of 31 May 2000. The Supreme Court gives value, through a broad historical and systematic reconstruction of the evolution of the national and supranational law, the essential impact of new information and communication technologies on criminal behaviors in order to counter them. The Supreme Court also distinguishes this crime from the less serious offence of the mere detention of pornographic material and from the lawful behaviors in which it is not possible to recognize any "child abuse" because the consent of the minor given in a private relationship.

1. L'oggetto del contrasto ermeneutico: il "pericolo concreto di diffusione" del materiale pedopornografico

La Corte di Cassazione, con l'importante sentenza delle Sezioni unite che si commenta, non ha soltanto dato un'opportuna risposta innovativa - ed affermativa - al quesito ermeneutico sollevato dalla sezione III, relativo alla necessità di prescindere, per l'integrazione del delitto di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter, comma 1, n.1 c.p., dal requisito non scritto (ed invero "aggiunto" in via interpretativa dalla precedente sentenza delle Sezioni unite in materia, risalente al 31 maggio 2000) del "pericolo concreto di diffusione" del materiale stesso (1): la sentenza ha anche offerto un chiaro esempio di come l'interprete, di fronte al forte impatto delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. TIC) sui comportamenti sociali, debba saperne tener consapevolmente conto, per leggere in modo corretto il significato della parallela

evoluzione normativa, parimenti caratterizzata da incisive modifiche, espresse dalle fonti sovranazionali ed, in particolare, da quelle europee, riflesse con - più o meno ampi margini di autonomia - in quelle nazionali interne, che vanno lette alla luce delle prime. Ed è apprezzabile, che in quest'articolata e sistematica opera ricostruttiva, che ha portato a rivedere anche l'ambito applicativo dell'ipotesi più lieve della mera detenzione del materiale pedopornografico, di cui all'art. 600-*quater* c.p., ritenuta applicabile solo se il detentore non lo abbia anche realizzato, oltre che a tracciare la linea di confine, rispetto a condotte penalmente irrilevanti, in cui non può ravvisarsi alcuna "utilizzazione" del minore che abbia prestato valido consenso, per il contesto esclusivamente privato del rapporto personale in cui sono realizzate le immagini, i giudici abbiano valorizzato i cospicui apporti della dottrina in materia, seppur non esplicitamente citata, come avviene in Italia. In definitiva, i risultati cui è pervenuta la sentenza non possono che essere accolti con favore, sia sul piano del metodo, che su quello dei contenuti, salvi i pochi rilievi critici che si esporranno negli ultimi paragrafi.

2. La ricostruzione del modificato quadro normativo alla luce delle fonti sovranazionali e dell'intervenuta evoluzione tecnologica con il relativo impatto sociale

Oggetto di controversia interpretativa è stata la fattispecie delittuosa di cui al comma 1, n. 1 dell'art. 600-ter

(1) La sentenza "additiva" delle stesse Sezioni unite risalente al 31 maggio 2000, n. 13, seguita dalla giurisprudenza successiva delle Sezioni semplici senza significativi dissensi, pur dopo le numerose modifiche normative sopravvenute, da un lato negava che la condotta-base di "sfruttamento" richiedesse il perseguimento di un lucro economico od, addirittura, una (seppur rudimentale) organizzazione di tipo imprenditoriale, dall'altro però aggiungeva alla fattispecie un elemento non scritto, in chiara violazione del principio di stretta legalità, che ne riduceva *aliunde* la sfera applicativa: quello del "concreto pericolo di diffusione" del materiale prodotto, ora escluso dalla pronuncia in commento.

c.p., che punisce chiunque “*produce materiale pornografico*” (ovvero “*realizza esibizioni o spettacoli pornografici*”) “*utilizzando minori di anni diciotto*”: controversia insorta di fronte al profilarsi di un indirizzo ermeneutico dissenziente da quello precedentemente seguito dalla giurisprudenza a partire dalla pronuncia delle stesse Sezioni unite dell’anno 2000. Per cui correttamente la Sezione III, con una ricca ordinanza ampiamente e convincentemente motivata (2), in gran parte fatta propria anche nei passaggi motivazionali dalla sentenza in commento, ha demandato la soluzione alla nomofilachia delle Sezioni unite, in applicazione della regola introdotta con il nuovo comma 1-bis dell’art. 618 c.p.p. dall’art. 1, comma 66, l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando).

Invero il testo della norma incriminatrice in discussione è stato nel tempo profondamente riformulato, rispetto a quello della disposizione originariamente introdotta nel codice penale dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, venendo sostituito, dapprima, da quello previsto dall’art. 2, comma 1, lett. a della l. 6 febbraio 2006, n. 38, che dando attuazione alla decisione quadro dell’Unione europea 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 (3), ha escluso che, per l’integrazione del delitto, fosse necessario lo “*sfruttamento*” del minore (come invece presupponeva la disposizione nazionale originaria) e, quindi, dall’art. 4 della l. 1° ottobre 2012, n. 172, di attuazione della Convenzione di Lanzarote del 2007, che ha aggiunto (*sub* n. 2) anche la condotta di “*reclutamento*”, accanto a quella di “*induzione*” di minori a partecipare ad esibizioni o spettacoli pornografici, già prevista a seguito della novella portata dalla l. n. 38 del 2006.

Inoltre, rispetto al momento della precedente pronuncia del 2000, anche il quadro sistematico della disciplina penale in materia, attentamente ricostruito sul solco dell’ampia ed articolata ordinanza della Sezione III, si è arricchito per altre due importanti novità: da un lato, l’incriminazione anche dei fatti aventi ad oggetto la c.d. (pedo)pornografia “*virtuale*” (art. 600-*quater*.1 c.p., inserito dall’art. 4, comma 1, l. n. 38 del 2006), con relativa definizione normativa, seppur non pienamente aderente

alle previsioni delle fonti sovranazionali (4); dall’altro, con l’espressa definizione normativa anche del concetto generale di “*pornografia minorile*”, che si legge ora al comma 7 dell’art. 600-*ter* c.p., aggiunto dall’art. 4, comma 1, lett. h della l. n. 172 del 2012.

La sentenza in commento non si limita a ricostruire tale quadro normativo incisivamente modificato, ma lo correla significativamente all’impatto che l’evoluzione delle nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione ha avuto in questi anni, non solo sul piano strettamente tecnico-informatico - con l’esponenziale aumento delle capacità di memoria e della velocità di elaborazione e di trasmissione dei dati (compresi audio e video, anche in tempo reale) in ogni parte del globo - ma anche e soprattutto su quello, parallelo, dei comportamenti individuali e collettivi, che ne hanno costituito la trainante domanda sul mercato, segnati dalla diffusione capillare dei più sofisticati dispositivi mobili, dotati di telecamere e microfoni incorporati, con correlata espansione della più ampia connettività alla rete, garantita in modo pressoché permanente, così da incidere in ogni ambito della vita sociale di tutti i giorni: come dimostra la rapida ed esponenziale espansione delle c.d. reti sociali (*social networks*: da Facebook ad Instagram, da Twitter a WhatsApp, ecc.), nell’ambito delle quali lo scambio, la condivisione, la circolazione di messaggi, immagini, video ed audio, anche in diretta, rappresenta ormai il normale e diffuso comportamento quotidiano (5).

I quasi venti anni trascorsi da quella pronuncia di inizio millennio rappresentano dunque, sotto questi due profili, un periodo abissale, cui la Corte ha opportunamente dato pieno rilievo (6).

3. Il significato sistematico della condotta di “*utilizzo*” dei minori

Il punto decisivo, per un’aggiornata interpretazione giuridica della fattispecie di “*produzione*” del materiale pedopornografico - che, per le ragioni richiamate, si deve discostare dalla precedente, con tutte le conseguenze sistematiche da trarre - è che il fatto tipizzato dalla norma penale oggi vigente deve essere messo in relazione alle

(2) Cfr. Cass., sez. III, ordinanza 30 novembre 2017, dep. 6 marzo 2018, n. 10167, Pres. Rosi, Rel. Macri, P.G. Pasquale.

(3) Come sottolinea la sentenza, oggi tale decisione quadro è stata sostituita dalla direttiva dell’Unione Europea 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale di minori e la pedo-pornografia minorile, emanata sulla base giuridica del nuovo art. 83, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, quale introdotto dal Trattato di Lisbona in vigore dal 2009. In argomento sia consentito rinviare a PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* a cura di Grasso, Picotti e Sicurella, Milano 2011, 207 s.

(4) In argomento sia consentito rinviare a PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di Bertolino e Forti, Napoli 2007, II, 1267 s., in specie 1297 s.

(5) Sui connotati tecnici e “sociali” rilevanti per il diritto penale, che caratterizzano l’odierno *Cyberspace*, si veda volendo PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme*, in *Cybercrime* diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, Milano, 2019, 35 s.

(6) In più punti la Corte usa l’aggettivo “anacronistico” per definire il quadro tecnico e le correlate dinamiche sociali del tempo in cui si collocava la precedente pronuncia del 2000: cfr. ad es. *supra*, Cass., sez. un., 31 maggio 2018, par. 3 e 3.1.

attuali possibilità tecniche di realizzare, di condividere e di fruire *on line* di detto “materiale”.

Infatti, all’inizio del millennio, la “produzione” era collocata, nell’originaria struttura normativa della fattispecie, quale mero fine della condotta materiale di “sfruttamento” del minore che ne era oggetto e su cui era incentrata l’offesa, come evidenziava il suo momento consumativo. Mentre il fine specifico, cui doveva essere strumentale, faceva riferimento ad un’attività ulteriore che richiedeva una seppur minima capacità o struttura tecnica, con disponibilità ancora relativamente circoscritta di mezzi e controllo di tecnologie informatiche e telematiche non accessibili a chiunque, implicando un passaggio non scontato dal momento della “realizzazione” del materiale pedopornografico a quello della sua effettiva “messa in circolazione” o, comunque, “a disposizione” anche di terzi in rete ed, in tal modo, “diffusione” effettiva: per cui tale condotta era, ed è tuttora, oggetto di autonoma incriminazione, ai sensi del comma 3 dell’art. 600-ter c.p., oltre a quella, ritenuta più grave, di commercializzazione, di cui al comma 2. Ma oggi lo sviluppo degli apparecchi mobili, in particolare *smartphone*, *tablet*, computer portatili, dotati di microfoni, altoparlanti, telecamere incorporate anche sofisticatissime, capaci di produrre e riprodurre foto e video di elevata qualità e dimensioni, con enormi capacità di memoria e velocità di elaborazione, trasmissione e scambio, in una situazione di pressoché permanente ed ubiqua *connessione* con la rete, consente, da parte di qualsivoglia utente, l’autonoma ed immediata “realizzazione” (7) di contenuti multimediali di ogni tipo e qualità, *subito* “caricabili” su o “scaricabili” da siti e spazi informatici, o comunque trasferibili o condivisibili, anche in tempo reale, nel menzionato nuovo contesto caratterizzato dall’enorme sviluppo delle c.d. “reti sociali” (*social network*). Ragion per cui, come si è già avuto modo di sottolineare, gli utenti stessi si trasformano rapidamente da possibili vittime, soltanto “passive” o meri destinatari di azioni, comunicazioni, messaggi o altri “prodotti” altrui, eventualmente illegali, a possibili autori e soggetti attivi, nella creazione, realizzazione, “caricamento”, condivisione e diffusione in rete di ogni sorta di messaggi, contenuti e materiali, compresi anche quelli pedopornografici (8).

(7) Tale termine compare, in luogo di quello “produzione” di cui all’art. 600-ter comma 1, n. 1, nel testo dell’art. 600-quater c.p., sempre però connesso al verbo (in modo gerundio) “utilizzando” minori degli anni diciotto. Distinzione che pur rilevante per definire il perimetro delle due norme, non supera il nucleo comune della “strumentalizzazione” del minore, valorizzato dalla sentenza in commento per una diversa lettura della clausola di riserva con cui questa seconda fattispecie si apre, rispetto all’interpretazione data dalla precedente giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, par. 3.3, nonché 4.1.2).

(8) Su tale impatto sui comportamenti degli utenti, dovuto allo sviluppo delle reti sociali, sia consentito rinviare a PICOTTI, *I diritti fondamentali nell’u-*

Pertanto, la Corte ha motivatamente rimarcato il definitivo superamento dell’idea che la “produzione” di materiale pedopornografico debba essere caratterizzata non solo dallo “sfruttamento” di un minore in carne ed ossa, strumentale a vantaggi seppur non economici, ma anche da una qualsivoglia struttura organizzativa, funzionale al mercato della pedofilia, perché il concetto di “utilizzo” dei minori, che ha normativamente sostituito il nucleo essenziale del fatto tipico, esprime la mera “strumentalizzazione” del minore stesso, usato come “cosa” od oggetto – se si vuole “reificato” se non anche “mercificato” – per il soddisfacimento di desideri altrui, in rapporti cui lo stesso è come “persona” estraneo (9). Tale essenziale cambiamento di prospettiva è ben colto e precisato dalla Corte, anche al fine di delimitare – non solo per espandere – la portata incriminatrice della norma, in particolare rispetto alla c.d. “pedopornografia domestica” alla quale può ricondursi anche il diffuso fenomeno, tipicamente giovanile, del *sexting* (10). La Corte si preoccupa infatti di esaminare e puntualizzare le ricadute sistematiche del mutamento interpretativo che ha introdotto, evitando che determini una “ipercriminalizzazione” che colpisca – per di più con pene estremamente severe – anche comportamenti privi di disvalore sociale (11).

Innanzitutto supera la tesi – alla quale, dopo la menzionata sentenza delle Sezioni unite del 2000, si era, quasi unanimemente conformata la giurisprudenza (12) – secondo cui la distinzione fra i più gravi fatti di produzione, commercializzazione e diffusione, incriminati dall’art. 600-ter, e quelli di mera “detenzione” (13), di cui all’art. 600-quater c.p., molto meno severamente puniti, avrebbe dovuto fondarsi sulla mancanza, in questi ultimi, di quel “pericolo concreto di diffusione” che era stato inserito in via ermeneutica nel primo, in forza della predetta sentenza del 2000 delle stesse Sezioni unite, e che ora viene abbandonato. Per cui la rilettura della clausola di riserva, con cui si apre l’art. 600-quater c.p. (“*al di fuori delle ipotesi previste dall’art. 600-ter*”), porta

so ed abuso dei Social Network. Aspetti penali, in *Giur. merito*, 2012, 2522 s.

(9) Cfr. Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, in particolare al par. 3 nonché 4.1.2, in una prospettiva molto vicina a quella già indicata in PICOTTI, *I delitti di sfruttamento*, cit., in specie 1294-1296.

(10) Cfr. SALVADORI, *I minori da vittime ad autori di reati di pedopornografia? Sui controversi profili penali del sexting*, in *Ind. pen.*, 2017, 789 s.; nonché BIANCHI, *Il “Sexting minorile” non è più reato? Riflessioni a margine di Cass., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2017, 145 s.

(11) Cfr. Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, in specie par. 4.1.1.

(12) Cfr. per ampi richiami Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, in specie par. 3.3, anche con riferimento alle poche pronunce difformi.

(13) Per un’analisi sistematica del concetto di “detenzione” nel diritto penale si rinvia a SALVADORI, *I reati di possesso. Un’indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli 2016, in specie 85 s.

a valorizzare, quale unico criterio distintivo, conforme alla lettera della legge, il fatto che ha la mera “detenzione” o disponibilità, per esserselo “procurato”, può ravvisarsi solo in capo a chi non sia anche l'autore o produttore del materiale pornografico. Con la conseguenza che chi, invece, lo sia, non può (più) invocare – come prospettava la difesa del ricorrente, in conformità alla precedente interpretazione – la mancanza del “pericolo di diffusione” per vedersi applicata la meno grave fattispecie di cui all'art. 600-*quater* c.p.

In secondo luogo, la Corte esclude addirittura, dalla sfera di rilevanza penale, la realizzazione per una fruizione meramente personale e ristretta ad un ambito “domestico” di materiale pornografico, in cui siano cioè coinvolti minori che, avendo raggiunto l'età del consenso sessuale, abbiano prestato valido consenso alla sua “produzione”, finalizzata a detto uso meramente privato: vale a dire, aggiungerei, soltanto interno al *rapporto interpersonale* fra le parti coinvolte. Infatti, in tal caso, non si potrebbe ravvisare alcuna “utilizzazione” – nel senso precisato di “strumentalizzazione” – del minore stesso, non essendo egli ridotto a mero oggetto o mezzo per il soddisfacimento di desideri sessuali altrui, cui sia personalmente estraneo: per cui venendo meno la stessa tipicità del fatto di “produzione”, che deve sempre essere integrato da una condotta di “utilizzazione” del minore che ne è oggetto, non può applicarsi né la severa previsione di cui all'art. 600-*ter*, né quella minore di cui all'art. 600-*quater* c.p.

Conclusione apprezzabile, perché soddisfa sul piano ermeneutico quell'esigenza, non recepita dal nostro legislatore, di cui da tempo si erano fatte portatrici le fonti sovranazionali (14), di prevedere un'area di non punibilità per tutte le ipotesi di produzione, acquisto o possesso di materiale pedopornografico in cui siano coinvolti minori che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale, allorché tale materiale sia prodotto e posseduto con il consenso dei minori stessi ed unicamente per un uso privato delle persone coinvolte, a condizione che l'atto non implichi alcun abuso.

In tal modo viene soddisfatta anche la fondamentale esigenza di *proporzione* fra l'offesa, che deve esprimere il

fatto tipico, ed il carico sanzionatorio elevato, comminato dal legislatore, già invocata in dottrina per dare ragionevole risposta al fenomeno giovanile del *sexting* (15), aprendo altresì la strada ad un percorso argomentativo, che accoglie la lettura dogmatica della tipicità oggettiva del fatto costitutivo di reato in termini di “rapporto” (interpersonale) fra l'agente ed il soggetto passivo, in cui emerga un conflitto di interessi penalmente significativo. Con la conseguenza che, ove tale conflitto non si configuri, per il diverso tipo di rapporto tra le parti, rispetto a quello cui rimanda la formulazione normativa, viene meno l'offesa tipica.

4. Profili critici: il delitto di produzione come “reato di danno”?

A fronte degli evidenziati e fondamentali contenuti sicuramente apprezzabili della sentenza in commento, è opportuno esprimere ora qualche nota di dissenso, su due profili che non appaiono convincenti, quantomeno dal punto di vista dell'impianto motivazionale.

Il primo aspetto riguarda l'affermazione perentoria, che il delitto in esame sia da considerare quale “reato di danno” (16), pur dopo che è stata esclusa l'esigenza di accertare, per la sua integrazione, il requisito del “pericolo concreto di diffusione” del materiale pedopornografico. È evidente che il concetto di “danno” (penale), da intendere quale offesa *tipizzata* dalla norma incriminatrice in termini di effettiva *lesione* del bene giuridico protetto (17), viene utilizzato dalle Sezioni unite in termini tali che lo fanno sostanzialmente coincidere con la stessa tipicità del fatto, come sopra ricostruita: tanto da ravvisarlo *in re ipsa* escludendo – anche nel caso deciso – la necessità di specifici accertamenti o verifiche, considerati irrilevanti non solo sul piano processuale (che è quanto in definitiva premeva alla Corte ribadire), ma anche su quello della teoria del reato, che invece è utile considerare in questa sede.

Ebbene, la categoria dell'offesa penale, che abbraccia la distinzione fra reati di danno e reati di pericolo, può mantenere la propria utilità ed autonomia concettuale, rispetto alla nozione di conformità formale al tipo, solo se viene previamente individuato il contenuto e perimetro del bene giuridico protetto, oggetto di offesa con la quale va posto in relazione il fatto tipico considerando, in particolare, il suo momento consumativo.

(14) In particolare si veda la Direttiva dell'Unione Europea 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che è stata attuata con il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 39, senza però che sia stata esercitata la facoltà lasciata al legislatore nazionale dal suo l'art. 5, par. 8, in conformità al considerando (20). La sentenza in commento menziona (al par. 4.1.1) anche l'art. 3, par. 2, della citata Decisione Quadro del Consiglio 2004/68/GAI (peraltro oggi sostituita dalla sopra citata Direttiva) e le analoghe previsioni contenute nell'art. 20, par. 3, della Convenzione di Lanzarote del 2007, che parimenti consente al legislatore statale la facoltà di escludere la rilevanza penale della produzione e del possesso di materiale pornografico in cui siano coinvolti minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale, “quando tali immagini sono prodotte o detenute da questi ultimi con il loro consenso e unicamente a loro uso privato”.

(15) SALVADORI, *I minori da vittime ad autori*, cit., 830 s.

(16) Così Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, in specie par. 3.2 e 3.3.

(17) Sull'acceso ricchissimo dibattito in argomento, risalente quantomeno a Carrara ed a Binding, basti qui il rinvio a ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* 3, I, Art. 1-84, Milano, 2004, Pre-Art. 39, § 106 s., 38 s.

Laddove l'offesa sia suscettibile di *ulteriore* aggravamento od estensione, *dopo* tale momento di perfezione formale del reato, non è logicamente corretto sostenere che solo perché sono integrati tutti gli elementi essenziali della fattispecie legale si realizzi (già) anche la piena lesione del bene giuridico tutelato e si configuri, dunque, un reato "di danno". Al contrario, si tratterà di un reato di pericolo, se la consumazione (c.d. formale) sia *anticipata* rispetto alla compiuta lesione del bene (c.d. consumazione materiale denominata anche "esaurimento" del reato), volendo il legislatore già punire come delitti consumati condotte o fatti che *potrebbero* poi, con (alta) probabilità, determinarla o effettivamente aggravarla.

Se il bene giuridico protetto è, per la suprema Corte, "l'immagine, la dignità ed il corretto sviluppo sessuale del minore" (par. 3.2 e *passim*), è chiaro che con l'utilizzazione del minore per la produzione del materiale pornografico, esso appare leso solo per quanto riguarda l'immagine e la dignità del singolo minore "in carne ed ossa" che viene ritratto, ma è poi suscettibile di ulteriore e più grave offesa, specie con riferimento al suo corretto *sviluppo* nella vita sessuale, che può dipendere proprio dalla (probabile) circolazione e fruizione di detto materiale, con relativi possibili riflessi interiori ed esteriori sul minore stesso.

Non a caso, a fronte di questa prospettazione ambigua del contenuto del bene giuridico, in dottrina si è ribadita, anche nei primi commenti alla sentenza in esame, l'opposta tesi che il reato di cui all'art. 600-ter c.p. sia da qualificare come di "pericolo astratto" (18) rispetto al bene giuridico inteso in termini strettamente personalistici, quale "libera e serena formazione della personalità" in divenire del minore, sia nella sua dimensione interiore (psico-fisica o morale) sia in quella esteriore (relazionale o sociale) (19).

Occorre, dunque, prendere, posizione prima sul contenuto del bene protetto, e poi verificare se il reato di "produzione" configuri rispetto ad esso un danno od invece un pericolo. Ed a tal fine non potranno non rilevare proprio quelle trasformazioni tecnologiche e sociali, oltre che modifiche normative, intervenute *dopo* il formarsi del precedente orientamento giurisprudenziale, espressamente valorizzate in sentenza per *escludere*

la necessità di accertare non solo che vi sia alla base del fatto tipico una condotta di "sfruttamento" di un minore reale, ma anche il "pericolo concreto" di diffusione del materiale prodotto.

Sulla base di dette trasformazioni, anche il contenuto del bene giuridico protetto deve veder riconosciuta una parallela e non meno significativa evoluzione, nella direzione del resto già da tempo prospettata, di fronte agli indici sintomatici via via emersi, che portano a negare la pretesa correlazione biunivoca fra bene giuridico offeso dai reati di pedopornografia e *singolo* minore "in carne ed ossa", oggetto dell'utilizzazione strumentale alla produzione del materiale, del quale sarebbe pregiudicata "l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale" (20).

Viceversa, in questi reati, considerati nel loro insieme, anche alla luce dell'incriminazione di quelli di pedopornografia c.d. virtuale (21), il "*baricentro della tutela si sposta*" distinguendosi da quella offerta con la punizione dei reati sessuali e di prostituzione minorile, perché passa "*dal diritto di autodeterminazione del singolo fanciullo nelle proprie scelte ed esperienze che riguardano la sfera sessuale, alla salvaguardia delle condizioni fondamentali di riconoscimento e rispetto dei diritti dei fanciulli in tale ambito*" (22). Oltre a fondarsi sui *diritti fondamentali* della persona, riconosciuti dalle Convenzioni internazionali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (23), la salvaguardia di tali condizioni di riconoscimento e rispetto della persona dei minori nel loro insieme non può non essere oggetto anche di un prememente interesse *collettivo*, della società nel suo complesso, affinché sia garantito lo sviluppo equilibrato delle prossime generazioni, contrastando *modelli di rapporti* interpersonali mercificati o strumentali, nei quali viene negata la dignità di "*persona*" di ogni fanciullo, non solo di quello "ritratto", perché rappresentati e ridotti a meri oggetti di soddisfazione dei bisogni e desideri sessuali di altri estranei ed, in specie, degli adulti.

(18) Così BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2019, 1 s., in specie 20, con richiamo fra gli altri alla posizione già espressa anche da DELSIGNORE, di cui da ultimo si veda *La tutela dei minori e la pedopornografia telematica: i reati dell'art. 600-ter c.p.*, in *Cybercrime*, cit., 374 s., in specie 395 s. ed ivi ulteriori indicazioni.

(19) Così in specie DELSIGNORE, *La tutela dei minori*, cit., 383, con richiami a suoi precedenti interventi ed alla posizione espressa già da CADOPPI, sub art. 600 ter, I e II comma c.p., in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 125 s.

(20) Così Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, in specie par. 3.2.; ed in dottrina soprattutto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte sp.*, I, *I delitti contro la persona*, Padova, 2016, 463 s. che delinea peraltro un ben giuridico complesso, coincidente con quello protetto dai delitti di prostituzione minorile.

(21) Si veda in specie Cass., Sez. III, sent. 13 gennaio 2017 (dep. 9 maggio 2017), n. 22265, Pres. Fiale, Rel. Rosi, Ric. Z. B., relativa ad un caso di "fumetti" pedopornografici realistici, che si può leggere in *Diritto penale contemporaneo*, 6/2017, con nota di CHIBELLI.

(22) PICOTTI, *I delitti di sfruttamento*, cit., 1303.

(23) Cfr. la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, in specie l'art. 34; la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, in specie l'art. 20; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in specie l'art. 24.

Ne consegue che la “*produzione*” del materiale pedopornografico tipizza una situazione che rende *probabile* l’offesa (*ulteriore* e più grave) di detti interessi e diritti, anche a prescindere dall’accertamento di un concreto pericolo di diffusione, perché questi interessi e diritti non fanno capo al *singolo* minore “in carne ed ossa” che risulti ritratto, ma riguardano l’insieme di *tutti* i minori, la cui sessualità od organi od immagini non devono essere utilizzati e ridotti a mero “strumento” di soddisfazione dei desideri o bisogni di terzi estranei e così reificati, seppur solo “virtualmente”. Interesse che assume dunque una dimensione necessariamente *collettiva*, tanto che è offeso (ma non in termini di compiuta lesione o “danno”) anche a prescindere dalla concreta identificazione ed, addirittura, esistenza - nei casi di pedopornografia c.d. apparente o “virtuale”, pur se meno severamente punita - di un minore in carne ed ossa: e questo proprio perché, nell’odierna società globalizzata della permanente comunicazione e connessione *on line*, si accresce la probabilità che condotte ulteriori, incentivate od indotte dalla diffusione o fruizione di detto materiale, realizzino più gravi e compiuti “danni” (o lesioni effettive) dei menzionati diritti fondamentali, anche dei singoli minori: come si verifica ad es. nel caso in cui siano altresì commessi e/o indotti delitti di prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.), di violenza sessuale (art. 609-bis e 609-ter c.p.), di rapporti sessuali per cui non sia valido il consenso del minore (art. 609-quater c.p.), non a caso equiparati (con altri lesivi della persona dei minori) quali reati - fine del delitto prodromico, a consumazione anticipata, di “adescamento di minorenni” di cui all’art. 609-undecies c.p. (24).

Ne consegue che il delitto di cui all’art. 600-ter c.p. si configura come reato di pericolo, ma non tanto astratto, perché non tipizza compiutamente situazioni già di per sé *generalmente* pericolose, perfezionandosi con la mera “utilizzazione” di minori anche non identificati e perfino non reali (nel caso di pedopornografia virtuale), quanto piuttosto “indiretto”, in quanto la sua consumazione crea le condizioni che rendono *probabile* la successiva offesa di *ulteriori* beni giuridici, facenti capo sia alla singola persona dei minori, sia alla collettività, nei termini sopra precisati.

5. Superamento od aggiramento delle garanzie dell’*overruling* con effetti in *malam partem*?

Qualche perplessità solleva pure l’assunto, che nonostante la riconosciuta esigenza di garantire che il mutamento giurisprudenziale (*overruling*) non possa operare

(24) In argomento si rimanda alla recente monografia di SALVADORI, *L’adescamento di minori. Il contrasto del child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, 2018, in specie 120 s.

con effetto retroattivo a sfavore del reo, nel caso concreto questo non si verificherebbe.

La Corte, infatti, si spinge in una valutazione *di merito*, circa la sussistenza - negata dall’ordinanza di rimessione, ma che sarebbe invece rilevabile dagli atti - del “concreto pericolo di diffusione” del materiale prodotto, traendo la conseguenza che la fattispecie di cui all’art. 600-ter c.p. sarebbe stata applicabile anche alla stregua della precedente giurisprudenza.

Se, da un lato, è da salutare con favore la ribadita operatività astratta di detto principio garantista di fonte pretoria nell’ordinamento interno, seppur oggetto di contrastanti valutazioni (25), dall’altro il modo con cui è stato “applicato” passa attraverso un impianto motivazionale che richiama parametri non univoci e strumentali, per affermare la concreta probabilità di *diffusione* di detto materiale (26), rispetto alla quale non può certo sopperire l’affermata (e sopra criticata) configurazione addirittura di un “danno” (penale) *in re ipsa*, per il bene giuridico facente capo ai minori ritratti.

In conclusione, nel pur positivo percorso intrapreso dalla giurisprudenza, permane l’esigenza di un più approfondito sviluppo ed impiego di categorie fondamentali, come quelle del bene giuridico e dell’offesa, da correlare anch’esse, coerentemente, alla nuova realtà tecnologica e sociale, proprio per la riconosciuta interrelazione che questa ha con l’evoluzione non solo normativa, ma anche dogmatica, dello stesso diritto penale. Ed a tale obiettivo, possono dare un contributo significativo gli apporti ulteriori della dottrina, e di questa *Rivista*.

(25) Dopo che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha censurato l’*overruling* interpretativo in *malam partem* per violazione dell’art. 7 CEDU (fra i precedenti richiamati si vedano la sentenza della Sez. 3, 17 ottobre 2017, Navalnyy c. Russia, e quella della Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna), le Sezioni Unite hanno affermato che il mutamento in *bonam partem* di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle stesse Sezioni Unite, integra un nuovo elemento di diritto che rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata (Cass., sez. un. 21 ottobre 2010, n. 18288, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651). Tuttavia la Corte costituzionale, con sentenza 8 ottobre 2012 (ud. 23 maggio 2012), n. 230, relativa alla mancata previsione, nell’art. 673 c.p.p., della possibilità di revoca del giudicato a seguito di mutamento della giurisprudenza, ha ribadito che nel nostro ordinamento il cosiddetto diritto vivente non può avere la stessa funzione della legge. In dottrina basti qui il rinvio al quadro offerto da VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, ora in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente delle fonti penali”* a cura di Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni e Riscato, Napoli, 2016.

(26) Cfr. Cass., sez. un., 31 maggio 2018, *supra*, par. 6.1.