

quella fisica, ma di ulteriore divaricazione: la medesima misura può venire concessa sulla base di presupposti diversi e comunque, al condannato affetto da grave infermità psichica sopravvenuta, rimane preclusa la strada del rinvio.

Non vi è chi non veda che l'innesto appare quanto meno disarmonico se è di tutta evidenza che l'esclusione di operatività dei limiti previsti per la concessione della detenzione domiciliare in surroga si giustifica proprio per la peculiarità della struttura della norma di cui al comma 1° *ter* che presuppone appunto le condizioni per la concessione del differimento dell'esecuzione della pena, istituto quest'ultimo ispirato da

finalità esclusivamente "umanitarie" che richiede un quadro clinico – per quanto ci interessa – di tale gravità da legittimare la non operatività dei limiti previsti per la concessione della detenzione domiciliare ordinaria.

Sarebbe dunque auspicabile che la Corte, ove nuovamente investita della questione, sconfessasse questa ricostruzione e si producesse nella declaratoria di incostituzionalità anche dell'art. 147 c.p., nella parte in cui non prevede la grave infermità psichica quale presupposto per la concessione del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena.

■ Pornografia minorile

Cassazione penale, Sez. un., 15 novembre 2018 (ud. 31 maggio 2018), n. 51815 – Pres. Carcano – Rel. Andronio – P.G. Iacoviello (conf.) – Ric. M.D. *Confirma App. Palermo 21 ottobre 2016*.

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – In genere – Pornografia minorile – Produzione di materiale pedopornografico – Accertamento del pericolo concreto di diffusione di materiale pornografico – Necessità – Esclusione – Ragioni

Ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600 ter, 1° comma, n. 1 c.p., con riferimento alla condotta di produzione del 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.

Omissis. – M.D. è stato chiamato a rispondere [...] del reato di cui agli artt. 81, secondo comma, 600 *ter*, primo comma, con riferimento all'art. 600 *sexies*, secondo comma, c.p., perché, utilizzando minori di anni diciotto, aveva realizzato e prodotto materiale pornografico, o comunque aveva indotto minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche, in particolare, dietro compenso di 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 [...]

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*, primo comma, n. 1), c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, sia necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale". [...]

2.2. Sulla disposizione, nella sua formulazione originaria, si sono pronunciate, con la [...] sentenza n. 13 del 2000, le Sezioni Unite di questa Corte [...] affermando che] 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*, primo comma, c.p., ma quella dell'art. 600 *quater*, che sanziona la mera detenzione di materiale pedopornografico [...].

Tale conclusione trovava spazio perché non vi era una definizione chiara di pornografia minorile – 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. [...]

Alla luce dell'evoluzione del quadro normativo sopra delineata, il termine "produzione" – interpretato dalle S.U. 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) del primo comma dell'art. 600 *ter*, 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. [...]

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

[...] 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". [...]

Il nuovo inquadramento sistematico della fattispecie, sopra delineato, induce a valorizzare [...] il concetto cardine di "utilizzazione del minore", enfatizzandone la portata dispregiativa, nel senso che esso implica una "strumentalizzazione" del minore stesso. Deve dunque intendersi per "utilizzazione" 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 [...]. 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 "utilizzazione" che costituisce il presupposto dei reati sopra richiamati. [...]

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 [... relativa al] l'overruling interpretativo in *malam partem* [...].

In riferimento alla questione qui in esame, il problema dell'overruling in *malam partem* non viene comunque in rilievo, essendo ormai generalizzato [...] 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 S.U. del 2000 individuasse una serie di elementi sintomatici liberamente apprezzabili dal giudice, an-

che 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 [...].

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

Deve ulteriormente rilevarsi che, nel caso di specie, la sussistenza di un tale pericolo emerge in modo inequivocabile dall'analitica motivazione della sentenza impugnata [...]. Deve in particolare osservarsi che, dalla descrizione dei fatti [...] 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'imputato anche di immagini a contenuto pornografico gay, evidentemente scaricate da Internet, indice di un suo collegamento in rete; 4) la negativa personalità dell'imputato, quale emerge dalla predisposizione di materiale falso relativo ad eventuali audizioni cui i minori avrebbero voluto partecipare. 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 [...] della non configurabilità in concreto di un overruling in *malam partem*. [...]

7. Il ricorso, conseguentemente, deve essere dichiarato inammissibile. – *Omissis*.

Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione

Giuseppe Amarelli*

Le Sezioni unite, ribaltando il proprio precedente orientamento, hanno rimodulato il delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600 *ter* c.p., abrogando interpretativamente il requisito implicito del 'pericolo di diffusione'. Ciò ha determinato la transizione all'interno di questa fattispecie delle condotte di produzione per uso personale, prima sussunte nell'ipotesi attigua e sensibilmente meno grave di cui all'art. 600 *quater* c.p. Una simile ridefinizione del tipo criminoso, sebbene condivisibile sulla scorta dei due interventi riformistici del 2006 e del 2012 che lo hanno riguardato, ha, però, sollevato qualche perplessità. In primo luogo, non persuade pienamente la qualificazione del delitto di pornografia minorile come reato di danno, anziché di pericolo astratto; in secondo luogo non è del tutto convincente la decisione di non considerare la sentenza in esame come un caso di *overruling in malam partem* imprevedibile a cui estendere la garanzia del principio di irretroattività secondo i *dicta* della Corte EDU.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

I molteplici profili di interesse della sentenza

Prima facie, la decisione in epigrafe si caratterizza per la risoluzione di una questione delicata e rilevante, ma pur sempre settoriale e circoscritta alla ristretta materia dei reati contro l'inviolabilità e la libertà sessuale del minore. Il principio di diritto da essa enunciato, infatti, attua una corretta perimetrazione dell'ambito di operatività del delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600 *ter* c.p. alla luce delle recenti riforme che lo hanno riguardato e, conseguentemente, riscrive la linea di confine che separa questa fattispecie dal delitto sensibilmente meno grave di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *quater* c.p.¹.

Osservata in filigrana, invece, la stessa sentenza rivela spunti estremamente stimolanti per diversi ordini di ragioni che trascendono il profilo interpretativo di parte speciale, concernendo, da un lato, il distinguo tra reati di pericolo e di danno e, dall'altro, la possibile equiparazione del diritto c.d. giurisprudenziale al diritto di produzione legislativa alla luce della recente riforma del 2017 dell'art. 618 c.p.p. e della sentenza Contrada c. Italia della Corte EDU 2015².

La pronuncia in commento, infatti, si segnala non solo per aver ribaltato un orientamento pretorio consolidato in materia di tutela penale della libertà sessuale del minore, ridefinendo in maniera estensiva la tipicità del delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600 *ter* c.p., ritenendo sussumibile al suo interno (e non all'interno del reato di detenzione di cui all'art. 600 *quater* c.p.) qualsiasi condotta di produzione di materiale pedopornografico pure in assenza di uno scopo di lucro e, soprattutto, del pericolo di diffusione; ma anche per aver dato per la prima volta attuazione alla nuova regola varata dalla riforma Orlando sul diritto giurisprudenziale e per aver rinfocolato i dubbi – temporaneamente sopiti dalla sentenza della

Corte costituzionale n. 230/2012 – sulla sua possibile assimilazione alla legge penale anche – o forse soprattutto – sul versante del diritto intertemporale e, dunque, sulla possibilità di non punire fatti pregressi al mutamento interpretativo sfavorevole³.

Il quesito principale sul tipo criminoso dell'art. 600 *ter* c.p. ed i suoi riflessi pratici

Sul primo e più immediatamente evidente versante, la decisione delle Sezioni unite procede alla rimodulazione per via ermeneutica dei fatti tipici delle due norme cardine in materia di pornografia minorile, rispondendo in modo innovativo al quesito se ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600 *ter*, 1° comma, n. 1 c.p., punito con una pena compresa tra i sei ed i dodici anni di reclusione, con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, sia ancora necessario – stante le riforme intervenute nel 2006 e nel 2012 – “l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale, come richiesto dalla sentenza a Sezioni unite 31 maggio 2000, n. 13, confermata dalla giurisprudenza[...], anche dopo la modifica normativa citata”⁴; o piuttosto se la produzione per usi personali di materiale pedopornografico non integri ancora il sensibilmente meno rilevante delitto di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *quater* c.p.⁵, la cui forbice edittale è rappresentata dalla pena della reclusione sino a tre anni.

Dalla risposta al quesito discende quale conseguenza tutt'altro che secondaria anche l'individuazione del tempo necessario per la prescrizione del reato di produzione personale, oscillando in modo consistente a seconda che lo si computi sul massimo edittale del delitto di cui all'art. 600 *ter*, 1° comma, c.p. o di quello del delitto di cui all'art. 600 *quater* c.p.; nonché la preclusione o meno dell'applicabilità degli istituti di

¹ Sulle due figure delittuose ed il loro rispettivo spettro d'azione si rinvia per tutti a G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, tomo primo, III ed., Bologna, 2011, 165 e segg.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2014, 469 e segg.; A. Cadoppi, *Art. 600 ter, I e II comma*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, a cura di Id., IV ed., Padova, 2006, 160 e segg.; A. Valsecchi, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in F. Viganò, a cura di, *Reati contro la persona*, Torino, 2015, 302 e segg.; L. Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, in *Studi per Federico Stella*, II, Milano, 2007, 1267 e segg.; F. Bacco, *Tutela dei minori contro forme di sfruttamento sessuale*, in D. Pulitanò, a cura di, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Delitti contro la persona*, Torino, 2011, 317 e segg.

² La bibliografia sull'argomento è amplissima, si rinvia per eventuali approfondimenti ai più recenti lavori di F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.legislazionepenale.eu*, 29 gennaio 2016, 1 e segg.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità nel “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, 237; G. Fornasari, *Un altro passo nella “riscrittura” della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuridica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone, F. Schiaffo-A. Sessa, Na-

poli, 2017, 447; V. Manes, *Commonlaw-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. Pen.*, 2017, 963; nonché, per ulteriori rinvii bibliografici, al nostro *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1406 e segg.

³ Per un primo commento della decisione in epigrafe si rinvia a R. Bertolesi, *Produzione di materiale pornografico: per le Sezioni unite non è necessario l'accertamento del pericolo di diffusione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2018; A. Galante, *Le Sezioni unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, in corso di pubblicazione.

⁴ Così Cass., Sez. III, 30 novembre 2017, 10167, consultabile in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁵ In argomento, per delle osservazioni critiche su tali fattispecie e sui loro ambiti di operatività cfr. G. Cocco, *Il concetto di pornografia minorile e i principi del diritto penale liberale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, 2073 e segg.; Id., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 863 e segg.; M. La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio. Nota a sentenza Sez. II, 20/11/2007, n. 1814*, in *Cass. Pen.*, 2008, 4169 e segg.; S. Mugnaini, *La nuova disciplina della prostituzione minorile e della pedopornografia: testi e contesti*, in *Leg. Pen.*, 2008, 186 e segg.; A. Peccioli, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedo-pornografia*, in *Giur. It.*, 2013, 140 e segg.

favore collegati al medesimo parametro della pena massima comminata, come, ad esempio, la sospensione del processo con messa alla prova o la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il pregresso orientamento univoco della giurisprudenza sulla necessità del pericolo di diffusione

Prima di analizzare i principali snodi argomentativi dell'arresto in commento, appare necessario ricostruire il precedente indirizzo interpretativo invalso nel diritto vivente.

Secondo l'avviso unanime della giurisprudenza pregressa, la produzione di materiale pornografico minorile per uso personale integrava il delitto di detenzione di cui all'art. 600 *quater* c.p.

Per il costante orientamento della Suprema Corte, formatosi sin dalla introduzione della fattispecie di cui all'art. 600 *ter* c.p. nel 1998, il delitto di pornografia minorile costituiva infatti un reato di pericolo concreto per la cui configurabilità era necessario l'accertamento del pericolo della diffusione nel mercato del materiale prodotto, nonostante il tenore letterale della norma non ne facesse espressa menzione.

Tale soluzione ermeneutica – che arricchiva di un elemento costitutivo di carattere naturalistico la fattispecie incriminatrice generale ed astratta e ridefiniva in termini selettivi il suo tipo criminoso – era stata poi cristallizzata da una nota decisione delle Sezioni unite, la sentenza Bove del 2000, in cui il massimo organo nomofilattico – oltre a confutare una possibile interpretazione economicistica della fattispecie, stabilendo che essa doveva prescindere dalle finalità di sfruttamento economico del minore, come poi espressamente preciserà il legislatore nel 2006 – aveva ribadito l'indispensabilità, ai fini della integrazione del delitto di cui all'art. 600 *ter*, 1° comma, c.p., “del concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto”.

Ad avviso delle Sezioni unite, infatti, produrre materiale pornografico minorile voleva dire “produrre materiale destinato alla fruizione da parte di terzi”, giacché era insita nel concetto stesso di pornografia elaborato all'epoca – prima della sua definizione legislativa operata nel 2012 nel 7° comma dell'art. 600 *ter* c.p. in ottemperanza alle indicazioni sovranazionali – la visione perversa da parte di una cerchia indeterminata di soggetti.

Tale opzione interpretativa poggiava sul criterio ermeneutico di tipo semantico e, congiuntamente, di tipo endo-sistematico. In particolare, si riteneva che siccome la prima modalità consumativa del delitto di cui al 1° comma – *i.e.* la realizzazione di esibizioni pornografiche – si configurava solo “offrendo il mi-

nore” ad un pubblico di pedofili anche non necessariamente numeroso, per evidenti ragioni di proporzionalità anche l'altra modalità alternativa punita con il medesimo rigore sanzionatorio, “per attrazione di significato”, doveva ragionevolmente richiedere per la sua integrazione la potenziale immissione “nel mercato della pedofilia” del materiale prodotto⁶.

Come spiega anche la decisione in commento, “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”⁷.

Nel corso degli anni, tale opzione esegetica si era sedimentata nella giurisprudenza che, in più occasioni, l'aveva ribadita⁸, come rileva la stessa decisione in epigrafe nel § 2.4 dove è affermato che “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*, 1° comma, c.p. 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.”.

Ad oltre dieci anni di distanza da questa decisione, anche una parte della dottrina aveva ribadito l'attualità del suo principio di diritto, nonostante le sopravvenute modifiche legislative del 2006 e del 2012 che avevano riguardato i delitti in questione⁹.

Nello stesso torno di tempo, altri autorevoli Autori avevano trovato una implicita conferma di questa soluzione esegetica alla luce di una interpretazione sistematica dell'art. 600 *ter* c.p. con l'art. 600 *quater* c.p. In particolare, si era sostenuto che, onde evitare una abrogazione implicita della modalità realizzativa della detenzione che in quest'ultimo delitto è affiancata a quella del procacciamento del materiale pedopornografico, la condotta del ‘detenere’ doveva essere riferita alle ipotesi di produzione domestica, vale a dire di produzione da sé, per uso personale, del materiale pornografico minorile, mentre quella del “procurarsi” doveva concernere i diversi casi di ottenimento dello stesso materiale da un terzo¹⁰.

Le isolate decisioni contrarie del 2012 e 2015 e l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite

Solo in tempi recenti, sulla scorta anche delle indicazioni divergenti di una parte autorevole della dot-

⁶ Sul punto cfr. A. Valsecchi, *Delitti contro l'inviolabilità*, cit., 304.

⁷ Così la sentenza in commento al § 3.1.

⁸ Si veda ad es. Cass., Sez. III, 12 giugno 2014, n. 40781, D.

⁹ A. Valsecchi, *Delitti contro l'inviolabilità*, cit., 304.

¹⁰ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 470.

trina¹¹, si sono registrate alcune prime e sparute pronunce di legittimità di segno contrario.

Ed infatti una prima volta nel 2012 ed una seconda volta, peraltro solo indirettamente, nel 2015 la Corte di Cassazione ha ritenuto anacronistico il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite 2000, osservando che, in ragione della riforma del 2012 e del mutato contesto tecnologico che garantisce una facilità di connessione al *web* prima sconosciuta, ogni condotta di produzione di materiale pedopornografico è sempre, *in re ipsa*, potenzialmente veicolabile a terzi, ragion per cui sarebbe sufficiente ad integrare il gravissimo delitto di cui all'art. 600 *ter*, 1° comma, c.p. la mera produzione per fruizione personale.

In queste decisioni (in realtà, soprattutto nella prima, poiché la seconda si riferisce alla presunzione della diffusione nell'ipotesi – ben diversa dalla mera produzione per uso personale – di inserimento del materiale su un *social network* come *Facebook*) si sostiene che la necessità di verifica del pericolo concreto sia stata affermata “esaminando la formulazione del testo previgente [...] che conteneva la dizione ‘sfruttamento’, disposizione sostituita con la L. 6 febbraio 2006, n. 18”¹². A tenore di tali pronunce, l'intervento dirimente delle Sezioni unite Bove, da cui è originata la giurisprudenza di legittimità relativa all'interpretazione dell'art. 600 *ter*, 1° comma, “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”¹³.

In questo rinnovato contesto giuridico e tecnologico, in cui erano apparse delle prime incrinature al diritto vivente graniticamente sedimentato, l'odiosa vicenda di un sacerdote di provincia che, nel 2008, aveva ritratto e filmato alcuni atti e rapporti sessuali con minori della sua parrocchia di età compresa tra i quattordici ed i diciassette anni dietro la promessa di possibili *casting* per programmi televisivi ha offerto il destro alla Cassazione per tornare sulla questione della qualificazione giuridica della produzione c.d. domestica di materiale pedopornografico.

Correttamente, la Terza Sezione della S.C. non ha affrontato la questione in maniera diretta, ma l'ha rimessa alle Sezioni unite, facendo applicazione, per la prima volta in ambito penale sostanziale, della nuova disciplina nel frattempo introdotta dalla riforma

Orlando del 2017 nell'art. 618, comma 1° *bis* c.p.p. con cui il legislatore – allo scopo di evitare il rischio di frequenti contrasti verticali diacronici o sincronici con decisioni di Sezioni semplici e di stabilizzare il diritto vivente promanante dalle Sezioni unite – ha sancito l'obbligo (non sanzionato) per una Sezione della S.C. che voglia distaccarsi da un principio di diritto enunciato in precedenza dalle Sezioni unite di rimettere a queste con un'ordinanza l'onere di valutare la questione¹⁴.

Il *revirement* delle Sezioni unite e l'abrogazione giurisprudenziale del pericolo di diffusione

Le Sezioni unite penali, con la decisione in commento, hanno condiviso in larga parte il ragionamento sviluppato dall'ordinanza di rimessione, ribaltando l'orientamento consolidato a partire dalla sentenza Bove del 2000 e statuendo il nuovo principio di diritto in forza del quale “ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600 *ter*, 1° comma, n. 1), c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale”.

Questo netto *revirement* rispetto al passato viene motivato facendo leva su una molteplicità di criteri ermeneutici, quello evolutivo, quello storico, quello teleologico e quello sistematico.

In primo luogo, infatti, il mutamento giurisprudenziale viene argomentato muovendo dalla menzionata constatazione dell'evoluzione tecnologica e della conseguente crescita esponenziale delle possibilità di connessione tra privati tramite il *web* che ha reso, di fatto, oggi irrilevante il riscontro in concreto del pericolo di diffusione del materiale pornografico minorile prodotto. Tale verifica ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600 *ter* c.p. era strettamente connessa al fatto che ai tempi della precedente decisione delle Sezioni unite non ogni foto o filmato di questo genere poteva essere divulgato a terzi, dovendosi riscontrare in concreto se sussistevano una serie di indicatori capaci di rivelare tale potenzialità, tra cui figurava anche “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”. Oggi, in un momento storico in cui ciascun individuo è dotato di un apparecchio collegato o collegabile ad *internet*, il pericolo di diffusione è insito *in re ipsa* in ogni attività

¹¹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, Tomo I, Bologna, 3 ed., 2011, 168, nota n. 3.

¹² Cass., Sez. III, 31 gennaio 2012, n. 27373, Z.

¹³ Cass., Sez. III, 12 marzo 2015, n. 16340, M.

¹⁴ G. De Amicis, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 febbraio 2019, il

quale osserva come “la norma di nuovo conio pone in capo alla Sezione assegnataria del ricorso un vero e proprio vincolo, sempre che sulla questione si siano già pronunciate le Sezioni unite e la Sezione investita del ricorso venga a trovarsi in disaccordo con il principio di diritto dalle stesse affermato”. Sul punto G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018.

di produzione di immagini o video e non necessita quindi di essere verificato.

In secondo luogo, la differente interpretazione del delitto di pornografia minorile è basata sulla ricognizione della effettiva portata delle riforme realizzate dal legislatore negli ultimi anni *in subiecta materia*.

Com'è noto, infatti, l'originaria formulazione della fattispecie quale delitto a dolo specifico diretto ad incriminare le condotte orientate finalisticamente alla produzione di materiale pedopornografico è stata rivisitata profondamente tramite due distinti interventi novellistici.

In particolare, in ottemperanza ad alcune indicazioni promananti dal diritto sovranazionale, la fattispecie di cui all'art. 600 *ter* c.p. ha definitivamente perso la sua originaria connotazione economicistica già negata dalle Sezioni unite Bove, incriminando non più le sole condotte dirette ad alimentare il mercato della pedofilia per ragioni di lucro, bensì qualsiasi reificazione del minore per ragioni sessuali.

Nel 2006, infatti, il legislatore ha sostituito l'originario riferimento allo sfruttamento sessuale del minore per finalità di pornografia con il più generico concetto di utilizzazione (oltre a modificare i commi successivi, con l'aggiunta, nel 2° comma, dell'espressione "diffonde", con la modifica del 4° comma e con l'aggiunta del quinto), allargando le maglie della fattispecie ad ogni condotta di produzione di materiale pedopornografico, a prescindere dal pericolo di diffusione a terzi, e nel 2012 ha fornito una definizione normativa di pornografia minorile che non è subordinata alla sua destinazione commerciale.

Per la sentenza in epigrafe, 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) del 1° comma dell'art. 600 *ter*, con riferimento alle esibizioni o spettacoli; con la conseguenza che la 'produzione' altro non è che la "realizzazione di materiale pornografico".

In terzo luogo, la nuova soluzione ermeneutica è confortata dal criterio teleologico e, segnatamente, dalla individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 600 *ter* c.p. nella dignità del minore. Partendo da tale premessa valoriale, la Corte ha ritenuto che un simile interesse sia sempre leso da una attività di produzione di materiale pornografico minorile, a prescindere dal pericolo della sua diffusione. Anzi, secondo le Sezioni unite il delitto in parola non sarebbe un reato di pericolo, ma un reato di danno, dal momento che la mera condotta di produzione di foto o video che ritraggano minori in pose sessualmente esplicite integra già *ex se* l'offesa effettiva, in termini di danno, al bene giuridico dignità del minore.

Infine, l'*overruling* delle Sezioni unite è incentrato su una interpretazione sistematica dell'art. 600 *ter* c.p.

in combinato disposto con l'attigua fattispecie di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *quater* c.p. tesa a valorizzare la sua clausola di sussidiarietà e, conseguentemente, a ridurre gli spazi di azione.

La meno grave ipotesi delittuosa di detenzione, infatti, troverebbe applicazione unicamente nei casi diversi dalla produzione, intesa quale realizzazione di materiale pedopornografico e, quindi, non si configurerebbe nelle ipotesi di produzione personale.

Il *discrimen* tra le fattispecie non sarebbe quindi rinvenibile sul versante oggettivo del pericolo o meno di diffusione nel mercato della pedofilia, ma su quello della natura dell'autore: se il produttore è anche il detentore si configurerà sempre il più grave delitto di pornografia minorile, mentre se è persona diversa si configurerà il delitto di detenzione.

L'irrelevanza penale della produzione domestica consensuale di materiale pedopornografico

Le Sezioni unite considerano in modo lungimirante anche i possibili esiti eccessivamente espansivi dell'area del penalmente rilevante implicati dal nuovo orientamento ermeneutico, fissandone dei precisi limiti operativi onde evitare effetti irragionevoli di ipercriminalizzazione.

In uno dei passaggi conclusivi della decisione, infatti, affermano che il reato non si configura nei casi di materiale pornografico prodotto con il consenso del minore validamente prestato e per uso esclusivamente personale, rientrando una simile ipotesi nel novero di comportamenti riconducibili alla sfera intangibile della autonomia privata sessuale dell'individuo ed, esorbitando, al contrario, dal novero di quelli di 'utilizzazione' che implicano una mera reificazione del minore.

Più precisamente, ad avviso della Corte, 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. 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”.

Inoltre, prosegue la S.C., “è lo stesso concetto di ‘utilizzo’, 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”.

I profili di diritto intertemporale: la retroattività delle statuizioni sfavorevoli delle Sezioni unite

Infine, la Corte affronta, seppure velocemente ed in maniera non sufficientemente analitica, il problema della retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole che potrebbe celarsi tra le pieghe della sentenza, escludendo apoditticamente che la nuova interpretazione dell’art. 600 *ter*, 1° comma, c.p. possa configurare un’ipotesi di *overruling in malam partem* a cui debbano essere estese le garanzie riconosciute dalla legalità convenzionale di cui all’art. 7 CEDU e, segnatamente, quella della irretroattività.

La diffusione massiva e generalizzata delle possibilità di connessione alla rete rende irrilevante ai fini della configurabilità del delitto il requisito del “pericolo di diffusione” del materiale pornografico prodotto utilizzando minorenni, essendo oramai immanente ad ogni condotta di produzione; la sua abrogazione giurisprudenziale non determina, quindi, un effettivo ampliamento dell’ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice, essendo concretamente prevedibile e, dunque, non pone problemi di violazione del principio di irretroattività.

Il primo dubbio: reato di danno o reato di pericolo astratto?

La soluzione proposta dalle Sezioni unite persuade, però, solo nella parte in cui co-definisce il tipo criminoso dell’art. 600 *ter* c.p., riportando al suo interno anche le ipotesi di produzione domestica non consensuale, mentre solleva più di una riserva tanto in ordine alla premessa teorica su cui tale conclusione si fonda, tanto in ordine alla trattazione dei profili di diritto intertemporale da essa implicati.

Sotto il primo profilo, non convince pienamente la decisione di qualificare da un punto di vista dommatico il reato in questione come reato di danno, partendo dal presupposto che l’interesse protetto dalla fattispecie sia la dignità del minore e che, dunque,

già la sola condotta di produzione di materiale pedo-pornografico integri sempre la sua concreta lesione.

Per quanto sulla carta questa scelta possa essere considerata corretta, in quanto correlata ad una concezione giuridica dell’evento del reato inteso come offesa al bene giuridico, lascia in realtà molto perplessi, dal momento che determina l’effetto paradossale di una estensione, anziché di una contrazione, dell’area di tipicità del delitto di cui all’art. 600 *ter*, 1° comma, c.p. rispetto al passato quando era considerato un reato di pericolo concreto.

Com’è noto, infatti, la rispettiva funzione politico-criminale dei reati di pericolo e di danno è diametralmente opposta, decretando i primi un’anticipazione della soglia di intervento del diritto penale a fatti atipici o punibili, al massimo, a titolo di tentativo laddove ricorrano i requisiti di cui all’art. 56 c.p., ed i secondi una regressione della stessa ai soli fatti effettivamente produttivi di un nocumento al bene protetto¹⁵. Ciò significa che, di norma, qualora la natura giuridica di un delitto muti dal pericolo concreto al danno, l’esito dovrebbe essere esattamente inverso, vale a dire di contrazione del tipo criminoso, dovendosi accertare ai fini della sussistenza del fatto non la sola messa in pericolo del bene sulla scorta di un giudizio prognostico *ex ante*, ma la effettiva causazione di un danno in base ad un giudizio esplicativo *ex post*. Ciò implica, però, che quando si parla di reati di danno in termini comparativi con i reati di pericolo si allude a quelle fattispecie incriminatrici il cui disvalore è ancorato all’effettiva lesione di un bene giuridico dotato di una consistenza empirico-naturalistica e non meramente giuridica, vale a dire a quelle fattispecie con evento tangibile e non a quelle di mera condotta con sola offesa giuridica.

Re melius perpensa, sarebbe stato più ragionevole, per sostenere la conclusione avallata dalla sentenza in epigrafe sulla nuova tipicità allargata del delitto di pornografia minorile, considerare il reato di cui all’art. 600 *ter*, 1° comma, c.p. come reato di pericolo astratto, in cui è punita *sic et simpliciter* la condotta di produzione di materiale pornografico minorile sulla scorta di una presunzione ragionevole e verosimile della sua inevitabile portata lesiva rispetto al bene giuridico dignità sessuale del minore, in sostanziale concordia con quanto avviene in materia di sostanze stupefacenti in ordine al delitto di coltivazione delle stesse¹⁶.

Peraltro, in tal modo si eviterebbe anche il rischio di un ulteriore, e forse eccessivo, ampliamento dell’ambito di incidenza del delitto di produzione di materiale pornografico, risultando preclusa la configurabi-

¹⁵ Sul punto si vedano *ex multis* F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994; F. D’Alessandro, *Pericolo astratto e limiti soglia*, Milano, 2012.

¹⁶ Sulla natura giuridica di reato di pericolo astratto, o presunto, del delitto di coltivazione di sostanze stupefacenti si veda V. Manes, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, G.

Insolera-V. Manes (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2012, 69 e segg.; A. Bassi, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, 2010, 64; M. Toriello, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano, 2015, 13; F.C. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti (profili penali)*, Padova, 1994, 35.

lità del tentativo, altrimenti ammessa, almeno in via teorica, se si trattasse di reato di danno¹⁷.

Il secondo dubbio: retroattività o irretroattività dell'*overruling in malam partem*?

Ma è soprattutto sotto il secondo profilo, quello del diritto intertemporale, che la risposta delle Sezioni unite presta il fianco a dei rilievi critici di carattere non solo teorico, ma, al contrario, gravidi dei notevoli risvolti pratico-applicativi descritti in precedenza in relazione al *quantum* di pena, alla prescrizione del reato ed alla fruibilità di misure di favore per il reo.

La Corte, infatti – condizionata presumibilmente dal timore inconscio di non fornire un'adeguata tutela alle vittime di condotte odiose e, addirittura, di dover prosciogliere l'imputato decretando la prescrizione del reato di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *quater* c.p. –, ha deciso di non estendere la garanzia penalistica del principio di irretroattività al mutamento *in malam partem* imposto alla disciplina della c.d. pornografia minorile domestica, transitata (in seguito alla 'abrogazione' per via interpretativa del requisito del 'pericolo di diffusione') dal delitto di mera detenzione di cui all'art. 600 *quater* c.p. al decisamente più grave delitto di cui all'art. 600 *quater* c.p.¹⁸.

Ad un più attento sguardo sembrerebbe, invece, esserci lo spazio per approdare ad una soluzione diametralmente opposta e per ritenere il nuovo orientamento giurisprudenziale inaugurato con la decisione delle Sezioni unite in commento valido solo *pro futuro* e, *par contre*, non applicabile ai fatti pregressi alla sua enunciazione, pena altrimenti la frustrazione dei principi contenuti nell'art. 7 CEDU di irretroattività, accessibilità delle norme incriminatrici e prevedibilità delle decisioni giudiziarie e delle risposte sanzionatorie¹⁹.

Anche perché, ragionando come ha fatto la Corte, si finisce con il dare vita a una latente violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza, dal momento che, pur riconoscendo al diritto vivente la capacità di produrre effetti analoghi ad un intervento legislativo anche *in malam partem*, tramite l'allargamento della tipicità di un delitto a fatti prima non contemplati,

non gli si riconosce la possibilità di godere delle medesime garanzie previste per la *lex parlamentaria*. Si avrebbe infatti una situazione in tutto analoga a quella innescata da una modifica legislativa, data anche la stabilizzazione recentemente conferita alle decisioni delle Sezioni unite dalla menzionata riforma del 2017 dell'art. 618 c.p.p.²⁰, ma trattata in maniera sensibilmente differente. Peraltro, sarebbe del tutto incoerente con il principio del *favor libertatis* a cui si è sempre ispirato il nostro diritto penale liberale ritenere che l'odierna apertura al diritto giurisprudenziale imposta dalla CEDU ed il suo riconoscimento come possibile fonte di produzione del diritto penale possa avvenire solo in termini sfavorevoli per il reo e non anche *in bonam partem*.

Inoltre, la negazione della guarentigia dell'irretroattività rischierebbe di alimentare irragionevoli discriminazioni tra situazioni identiche se, ad esempio, in un caso di concorso di persone nel reato, la posizione di uno degli imputati sia stata già definita alla stregua dell'orientamento più favorevole dominante grazie alla scelta del rito e quella dell'altro imputato sia ancora *sub iudice*.

In particolare, a far propendere per tale differente soluzione dovrebbe essere la stessa giurisprudenza di Strasburgo formatasi sul punto nella parte in cui consente di estendere al diritto giurisprudenziale il principio penalistico della irretroattività e le altre garanzie dell'art. 7 CEDU alla duplice condizione che il mutamento interpretativo sfavorevole intervenuto sia oggettivamente ed assolutamente imprevedibile rispetto alla consolidata giurisprudenza di segno opposto, ma pur sempre plausibile in ragione del testo legislativo. Ad avviso della Corte EDU, infatti, secondo il modello già vigente nei paesi di *common law* del *prospective overruling*, il giudice può modificare un'interpretazione consolidata soltanto per il futuro e non anche per il passato, con la conseguenza che al caso *sub iudice* si continuerà ad applicare la pregressa *regula iuris*, mentre ai casi commessi dopo la nuova sentenza sfavorevole si potrà applicare la nuova regola²¹.

Usando il parametro fornito dalla CEDU nelle sentenze Del Rio Prada c. Spagna del 2013 e Contrada c. Italia del 2015²², anche nella vicenda in esame risulta

¹⁷ In tal senso cfr. R. Bertolesi, *Produzione di materiale pornografico*, cit., il quale osserva che, anche aderendo alla tesi del reato di danno gli spazi per la configurabilità del tentativo sarebbero davvero esigui dal momento che sarebbero sostanzialmente coincidenti con quelli dell'autonomo delitto di adescamento di minori di cui all'art. 609 *undecies* c.p.

¹⁸ I rapporti tra il delitto di detenzione e quello di produzione di materiale pornografico minorile sono risolti dalla clausola di sussidiarietà. Sul punto cfr. V. Montanari, *Non è configurabile il concorso tra i reati di cui agli artt. 600-ter, comma 3, e 600-quater c.p. Osservazioni a sentenza Sez. III, 11/1/2017, n. 20891*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1225 e segg.

¹⁹ V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018, 5; F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Cassazione e legalità*

penale, Roma, 2017, 68 e segg.; M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 e segg.; E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, cit., 44 e segg.; nonché, sia consentito, al nostro *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, 16 novembre 2018.

²⁰ Sulla capacità di questa riforma di incidere sul diritto giurisprudenziale penale, limando gli aspetti che storicamente lo caratterizzano e che sono stati alla base del diniego della sua equiparazione con il diritto legislativo nella sentenza n. 230/2010 della C. cost., sia consentito rinviare al nostro *Dalla legolatria alla postlegalità*, cit., 1439 e segg.

²¹ Sul punto cfr. il nostro *Legalità convenzionale*, cit.

²² V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 1019;

difficile ritenere che, in realtà, la riqualificazione della produzione personale come delitto di pornografia minorile fosse oggettivamente prevedibile sulla scorta del diritto vivente. Ed infatti, come si è accennato, la giurisprudenza era graniticamente orientata nel presumere quel tipo di condotte nel meno grave delitto di detenzione di materiale pornografico minorile anche dopo la duplice riforma degli anni 2006 e 2012, risultando del tutto isolate e minoritarie le decisioni di segno opposto come peraltro affermano le stesse Sezioni unite²³.

A ben vedere, questo caso sembra attagliarsi ancora meglio ai *dicta* della Corte Edu sulla estensione del principio di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali *contra reum*: se per il concorso esterno, in verità, parrebbe difettare l'imprevedibilità assoluta ed oggettiva della condanna da parte di Contrada, essendo ammessa da una parte della giurisprudenza già all'epoca dei fatti a lui contestati la loro rilevanza a titolo di concorso esterno o, addirittura, di partecipazione associativa²⁴, lo stesso non può dirsi per la produzione domestica non consensuale di materiale pedopornografico, rispetto alla quale non solo mancava un contrasto reale in dottrina e giurisprudenza sulla configurabilità della fattispecie incriminatrice, ma esisteva un orientamento granitico opposto consacrato dalle Sezioni unite e messo in dubbio unicamente da qualche sparuta pronuncia, peraltro successiva alla modifica legislativa del 2012.

Al più, stando alla parte motiva della sentenza, il mutamento interpretativo potrebbe essere divenuto prevedibile unicamente per i fatti commessi dopo la seconda riforma del 2012 che, completando l'opera di riformulazione letterale della fattispecie di cui all'art. 600 *ter* c.p., ha ribadito in modo più netto la incriminazione a tale titolo di qualsiasi rappresentazione 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. È invero la stessa Corte ad affermare che "l'opposta soluzione, nel senso dell'irrelevanza 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* c.p." avvenuta per l'appunto solo nel 2012.

Inoltre, va rilevato che il diverso punto di vista so-

stenuto nella decisione in epigrafe si basa su un impiego inusuale dei parametri della prevedibilità e accessibilità del mutamento giurisprudenziale, riferendoli non alla c.d. base legale, vale a dire al diritto di marca legislativa o al diritto vivente di origine pretoria che dovrebbero indirizzare i comportamenti dei consociati co-definendo il raggio di operatività delle fattispecie incriminatrici, ma al dato empirico-naturalistico del mutamento della realtà esterna, segnatamente della evoluzione tecnologica.

In un sistema penale che ancora si incentra sul principio di legalità, ancorché parzialmente aperto al diritto giurisprudenziale, come può valutarsi la prevedibilità della sussistenza di un certo tipo di reato e di un certo trattamento sanzionatorio quando il diritto scritto e quello vivente, vigenti al momento dei fatti, non erano in grado di rendere prevedibile tale mutamento?

È sempre la base legale a dover costituire il parametro di riferimento per vagliare la accessibilità delle pretese dell'ordinamento giuridico e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie di un certo comportamento, non certo la realtà esterna in continuo movimento, pena una palese frustrazione dei principi di riserva di legge e di divieto di analogia. Possono fare eccezione, al massimo, i casi limite come, ad esempio, quello della nota vicenda del diritto inglese in cui è stata ritenuta punibile retroattivamente una violenza endo-matrimoniale pur sussistendo al tempo della sua commissione una norma interna risalente al 1736 che la scriminava in virtù del consenso prestato con il matrimonio²⁵; è l'eccezionale valore assolutamente anacronistico della regola a rendere infatti prevedibile il mutamento interpretativo, pur in assenza di diverse indicazioni promananti dal diritto interno.

Ciò significa allora che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite non potrebbe trovare applicazione per i fatti pregressi al 2012, in ordine ai quali per integrare il delitto di cui all'art. 600 *ter*, 1° comma, c.p. continua ad essere necessario l'accertamento del pericolo di diffusione.

Nonostante ciò, nel caso specifico oggetto del giudizio riferito a fatti del 2008, nulla sarebbe mutato, dal momento che, sulla scorta della ricostruzione dei fatti contenuta in sentenza, il pericolo di diffusione del materiale appariva comunque evidente, sussistendo alcuni degli indici sintomatici, tra quelli individuati dall'orientamento interpretativo tradizionale, a partire

D. Pulitanò, Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015; M. Donini, Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016, 346; G. Fornasari, Un altro passo nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo-A. Sessa, Napoli, 2017, 447 e segg.; F. Viganò, Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Corte di Cassazione chiude il Caso Contrada, in www.penalecontemporaneo.it, 27 settembre 2017.

neo.it, 27 settembre 2017.

²³ Di diverso avviso R. Bertolesi, *Produzione di materiale pornografico*, cit.

²⁴ Più ampiamente, sia consentito rinviare al nostro *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., 1438 e seg.

²⁵ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito*. Sul punto cfr. S. Blasi, *Oggettivo, soggetto ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 4, 128 e segg.

dalla sentenza Bove del 2000, in cui la connessione ad internet giocava un ruolo importante, ma non esclusivo, vale a dire: 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'imputato anche di immagini a contenuto pornografico gay, evidentemente scaricate da *internet*, indice di un suo collegamento in rete; 4) la negativa personalità dell'imputato, quale emerge dalla predisposizione di materiale falso relativo ad eventuali audizioni cui i minori avrebbero voluto partecipare.

In ogni caso, anche laddove si continui a voler negare la estensione del principio di irretroattività al diritto giurisprudenziale, si potrebbe ugualmente ve-

rificare se residuino spazi per la non punibilità delle condotte commesse ai sensi dell'art. 600 *ter* c.p. invocando la scusante dell'errore o ignoranza inevitabile sulla legge penale di cui all'art. 5 c.p., per ragioni "oggettive pure" come l'oscurità del precetto e l'univoco, opposto, atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari²⁶. Naturalmente, in una simile eventualità il proscioglimento non discenderebbe da una valutazione generale ed astratta, di carattere oggettivo, relativa alla fattispecie incriminatrice, ma da una individuale e concreta, di carattere soggettivo, sulla erronea percezione da parte del reo del contenuto di una norma incriminatrice, con tutto ciò che ne consegue, ad esempio, sul versante delle conseguenze extrapenalistiche quali le misure di sicurezza eventualmente applicabili²⁷.

²⁶ Sul punto, per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, 46.

²⁷ In argomento, si rinvia per ulteriori approfondimenti al no-

stro *L'uso di gruppo tra modifiche normative ed overruling*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 1055 e segg.