

fico sopravviene rispetto al momento della sua produzione l'agente risponde del meno grave reato di cui al comma 3 dell'art. 600-ter c.p., non potendo la volontà sopravvenuta di diffusione far rivivere la disposizione del comma 1 e determinare una inammissibile tipicità sopravvenuta.

Da ultimo, merita attenzione un inciso contenuto nella sentenza in esame, secondo cui: *“La responsabilità dell'adulto per la successiva diffusione del materiale resterà esclusa solo per eventi imprevedibili a lui non imputabili e solo nel caso dimostri di avere adottato le necessarie cautele per scongiurarla o di non averla potuto impedire”*. Così facendo la Corte ha finito per attribuire rilevanza alla colpa di chi, dopo aver realizzato il materiale pedopornografico in un rapporto paritario con il valido consenso del minore, ne provoca la diffusione anche involontariamente, trasformando indebitamente un reato strutturalmente doloso qual è quello di diffusione di cui all'art. 600-ter c.p. in un reato anche colposo.

8. Il *selfie* pedo-pornografico

La Corte di Cassazione con un'importante sentenza (**Cass. Sez. III, 18 febbraio 2016-21 marzo 2016, n. 11675**), attraverso un'analisi letterale e teleologica dell'art. 600-ter c.p., ha affermato che il presupposto necessario per la configurabilità di tutte le fattispecie di reato previste da tale norma sia la condizione di **“alterità e diversità” fra il soggetto che ha prodotto il materiale pornografico e il minore ivi rappresentato**. Presupposto, questo, evidentemente assente nel caso in cui le immagini siano state realizzate autonomamente dal minore in esse raffigurata.

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

Partendo da una ricostruzione storica della norma, la Corte pone in evidenza le incertezze ermeneutiche che erano emerse

nella sua originaria formulazione e ricorda gli emendamenti cui la disposizione è stata sottoposta, dapprima dalla Legge n. 38/2006 e, successivamente, dalla legge n. 172/2012. Questa premessa permetterebbe di dare risalto al primo comma della norma che, secondo i giudici, rivestirebbe il ruolo di *“fondamento dell’intera previsione (...) decisivo per l’interpretazione anche dei successivi”*, e quindi anche della condotta di *“cessione di materiale pedo-pornografico”*.

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

L’art. 600-ter c.p., al primo comma, punisce *“chiunque, utilizzando minori di anni diciotto, (...) produce materiale pornografico”*.

Affinché la produzione di tale materiale sia punibile occorre, pertanto, che sia avvenuta attraverso l’*“utilizzo”* di minori, condizione che costituirebbe un presupposto necessario per l’incriminazione del materiale *de quo*.

Nello specificare questo concetto, la Corte fa riferimento ad un utilizzo *“strumentale”* del minore, richiamando quell’interpretazione ampia del termine *“sfruttamento”* offerta dalla Corte a Sezioni Unite nella sentenza n. 13 del 2000, che vi individuava un impiego dei minori *“come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sé”*.

Da qui il presupposto, anche logico, secondo cui la condotta di *“utilizzo”*, e quindi di produzione, sia realizzata da un soggetto diverso, altro, rispetto al minore *“utilizzato”* e quindi *“rappresentato”*.

Secondo la Corte, pertanto, se manca questa condizione di *“alterità”*, come nel caso in cui *“il materiale sia realizzato dallo stesso minore – in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto –, (...) la fattispecie di cui all’art. 600-ter, comma 1, in esame non potrà essere configurata per difetto di un elemento costitutivo”*.

Il rinvio contenuto nei commi 2, e seguenti, dell’art. 600-ter

al “materiale pornografico di cui al comma 1”, vorrebbe indicare che oggetto materiale di tutte le fattispecie descritte della norma non possa essere materiale pornografico minorile sic et simpliciter, indipendentemente dalla sua origine, ma debba necessariamente essere stato realizzato “*utilizzando*” un minore di anni diciotto: proprio quel materiale descritto nel primo comma.

Ne deriverebbe che non possono ritenersi integrati i delitti di divulgazione, diffusione, cessione etc. di pornografia minorile se non hanno ad oggetto materiale che è stato prodotto da un terzo attraverso l'utilizzo strumentale di un minore.

Inoltre, il contenuto di un'altra norma confermerebbe i risultati di quest'analisi letterale. La Suprema Corte richiama l'art. 602-ter c.p., che disciplina le circostanze aggravanti dei delitti contro la personalità individuale, fra cui si annovera anche l'art. 600-ter c.p.

In primo luogo, il contenuto delle elencate circostanze presupporrebbe **sempre la sussistenza di due persone**, l'autore e la vittima, e quindi necessariamente **l'alterità tra autore del reato e persona offesa**; in secondo luogo, la norma richiama l'art. 600-ter c.p. nella sua integralità, e ciò dimostrerebbe come l'intentio legis fosse quella di costruire una norma che rispondesse ad “un'unica e comune ratio ispiratrice”. Quest'ultima constatazione, a parere della Corte, imporrebbe di individuare “**l'utilizzazione**” **a monte del minore quale presupposto necessario di tutte le sotto-fattispecie** previste dalla norma, e quindi anche della “cessione”.

Le conclusioni scaturite dall'analisi letterale della norma sarebbero corroborate anche dall'**interpretazione teleologica**. La Corte evidenzia come obiettivo del legislatore, dichiarato nell'art. 1 della legge n. 269 del 1998, fosse quello di “tutelare i fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale”, e ciò in linea con i principali documenti internazionali da cui la legge italiana ha tratto ispirazione. Al fine precipuo di contrastare ampiamente tale fenomeno, il legislatore ha **anticipato la tutela penale**, punendo anche le attività prodromiche e strumentali alla pratica della pedofilia.

La strumentalizzazione dei minori, della loro sessualità, il circuito della pedofilia erano, in sostanza, ciò che il legislatore voleva contrastare con i reati di pedo-pornografia. L'utilizzo di questi delitti per criminalizzare la produzione e diffusione di materiale auto-prodotto, scevro da qualsiasi forma di strumentalizzazione del minore a monte, non risponderebbe, pertanto, agli obiettivi che il legislatore si era prefissato.

Successivamente, tuttavia, in consapevole contrasto rispetto alla tesi che esclude la rilevanza penale della condotta di chi diffonde il selfie pedo-pornografico si è pronunciata **Cass. Sez. III, 21 novembre 2019, n. 5522**.

Secondo la **Cassazione del 2019**, ai fini dell'applicazione dell'art 600-ter c.p., mentre in alcune limitate ipotesi è richiesta la eteroprodotto del materiale pedo-pornografico, in altre non.

La sentenza, in particolare, ribadisce che le condotte disegnate nel comma 1 dell'art. 600-ter c.p. **presuppongono l'alterità tra l'autore ed il minore**: nella prima ipotesi, la realizzazione delle esibizioni o degli spettacoli pornografici ovvero la produzione del materiale pornografico deve avvenire "utilizzando" il minore di anni diciotto, nella seconda ipotesi, il reclutamento o l'induzione dei minori di anni diciotto a partecipare alle esibizioni o agli spettacoli pornografici richiedono la **condotta attiva di un soggetto "altro" dal minore**.

Già, però, la **terza delle condotte punite** nella seconda ipotesi, cioè quella di chi trae profitto dalle esibizioni o dagli spettacoli pornografici, prescinde, a ben vedere, dall'auto o eteroprodotto del materiale pedo-pornografico.

La sentenza, pertanto, a differenza da quanto ritenuto da Cass. n. 11675/2016, ha escluso che tutto l'art. 600-ter c.p. sia informato alla nozione di materiale pornografico del comma 1 inteso nella sua interezza. In particolare, secondo la tesi in esame, i commi 2, 3 e 4, nel riferirsi al materiale pornografico di cui al comma 1, non richiamano l'intera condotta delittuosa del comma 1, ma si riferiscono all'oggetto materiale del reato, evocando l'elemento sul quale incide la condotta criminosa e che forma la materia su cui cade l'attività fisica del reo: il materiale pedopornografico prodotto e non il reato di produzione del materiale pedo-pornografico.

Ai fini dell'incriminazione e, quindi, del fatto tipizzato nel comma 4 dell'art. 600-ter c.p., non rileva la modalità della produzione, auto o eteroprodotto. Tale approdo, secondo la Corte, è confermato dall'inserimento nell'art. 600-ter del comma 7, che ha introdotto la nozione di pornografia minorile a beneficio di tutte le fattispecie contemplate dalla norma.

Questo secondo orientamento è stato in parte condiviso dalle Sezioni Unite n. 4616 del 2022, che hanno confermato che i commi 2, 3 e 4 dell'art. 600-ter c.p., nel riferirsi al materiale pornografico di cui al comma 1, non richiamano l'intera condotta delittuosa da esso descritta, ma si riferiscono all'**oggetto materiale del reato**, evocando l'elemento sul quale incide la condotta criminosa e che forma la materia su cui cade l'attività fisica del reo: il materiale pedopornografico prodotto e non il reato di produzione del materiale pedopornografico. La tipologia del materiale cui si intende fare riferimento nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 600-ter c.p. è infatti quella oggettivamente definita dal comma 7 del medesimo articolo, tanto che **la responsabilità ai sensi dei commi 2 e ss. non presuppone necessariamente la responsabilità di taluno ai sensi del comma 1**. Ciò spiega le ragioni per cui anche il minore, che è vittima e non certo responsabile del reato di produzione di cui al primo comma, può rispondere della diffusione e messa in circolazione del materiale pedopornografico che lo rappresenta.

La sentenza del 2022 non si occupa in verità della questione attinente al c.d. *selfie* pedo-pornografico, non rilevante nel caso di specie. Tuttavia, quanto appena argomentato in ordine all'autonoma lettura che deve farsi dei commi successivi dell'art. 600-ter c.p. rispetto al primo, nel senso di considerare il richiamo al materiale pedopornografico di cui al comma 1 quale mero oggetto del reato, **dovrebbe indurre a ritenere penalmente rilevante la condotta di diffusione del c.d. *selfie* pedo-pornografico** pur in mancanza di una responsabilità del minore per il reato a monte di produzione di siffatto materiale.