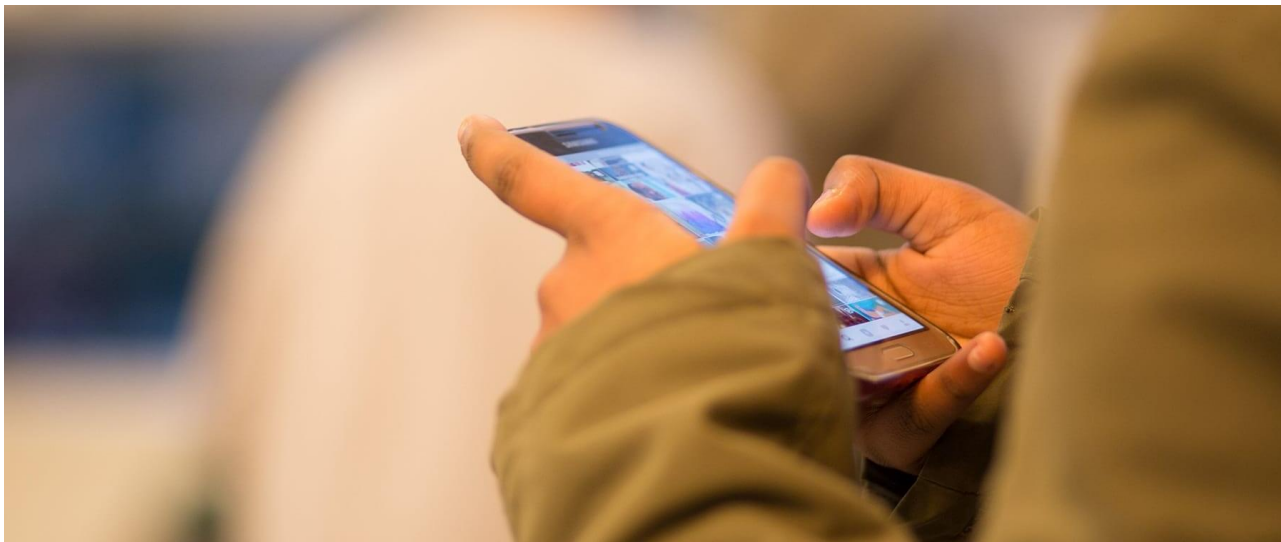


Sexting e minori: diffondere un selfie pornografico altrui è reato?

Rossana Butera, abilitata all'esercizio della professione forense



Il sexting (dall'inglese "sex" e "texting": "sesso" e "messaggiare") è un fenomeno divenuto molto diffuso negli ultimi anni anche tra minori e vede lo scambio di messaggi, audio, immagini o video - specialmente attraverso smartphone o chat di social network - a sfondo sessuale o sessualmente espliciti, comprese immagini di nudi o seminudi.

Tale pratica di **sexting primario** viene distinta dal **sexting secondario** intendendosi con la prima locuzione l'invio di foto o riprese di sé stessi effettuate con il successivo invio a terzi nell'ambito di un rapporto privato. Si ha, invece, *sexting secondario*, laddove si diffondano le immagini sessualmente esplicite, così ricevute, attraverso la pubblicazione mediante strumenti telematici senza il consenso dei diretti interessati.

Anche quando non c'è intenzione di danneggiare l'altra persona né di commettere un abuso on-line (come nei casi del *revenge porn* o della *sextortion*), non è escluso che i comportamenti tipici del sexting possano configurare reati connessi con la pedopornografia.

Secondo il nostro ordinamento, il materiale scambiato in forma di sexting si declina come pedopornografico, quando se ne perde il controllo, anche ingenuamente.

Secondo il recente parere emesso del **Comitato di Lanzarote del Consiglio d'Europa** (l'organismo che monitora l'attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali), il "sexting" tra minori non costituisce una condotta connessa alla "pedopornografia", se destinato esclusivamente all'uso privato dei minori.

La medesima condotta di diffusione di immagini o video per essere intesa come azione penalmente rilevante, deve consistere nell'effettuazione di riprese video sessualmente esplicite di altra o altre persone o di sé con altra o altre persone con o senza consenso di queste e, successivamente, nella diffusione delle stesse senza il valido consenso di queste (fino ad arrivare al reato di *revenge porn*). Va quindi affermato il principio per cui la condotta di effettuazione di foto o videoriprese tra adulti consenzienti e la diffusione delle stesse con il consenso degli interessati in ambito privato è penalmente irrilevante.

Discorso ovviamente diverso riguarda le medesime condotte con o tra minorenni la cui tutela della sfera psico-fisica è stata presa di mira dal legislatore nell'ultimo ventennio attraverso l'inserimento nel corpus del codice penale delle norme di cui agli artt. 600-ter e 600-quater c.p. (e successive modifiche).

L'interpretazione dell'**art. 600-ter c.p.**, che prevede quattro fattispecie diverse, colpisce la realizzazione dei contenuti pedopornografici, il commercio, la diffusione e la cessione a titolo gratuito.

A seguito della riforma del 2006, ai fini della sussistenza della fattispecie incriminatrice della produzione del materiale pedopornografico, è necessario vi sia stata la cosiddetta "utilizzazione" del minore la quale ha sostituito la previgente nozione di "sfruttamento" dello stesso.

Il concetto di utilizzazione del minore va inteso, secondo la giurisprudenza di legittimità, come l'impiego del minore con ogni mezzo tale da realizzare l'offesa della sua personalità nell'aspetto sessuale. Da tale impostazione è derivata un'importante conseguenza e cioè che ai fini della integrazione della condotta prevista per il reato di produzione di materiale pedopornografico non rilevano penalmente quelle condotte in cui sia stata garantita la libera autodeterminazione del minore, tutte le volte in cui lo stesso, poiché in grado di esprimere il cd. consenso sessuale, ha compiuto una libera scelta senza subire le costrizioni di alcuno.

Ciò aveva indotto la giurisprudenza precedente (in tal senso si è espressa **Cass., Sez III, n. 11675 del 2016**) a ritenere che prevedere la punibilità di chi riceva o acconsenta a registrare il minore mentre compie atti sessuali (anche con lo stesso autore delle riprese) determinerebbe un evidente eccesso di tutela, tipico di uno Stato paternalistico.

Secondo tale orientamento, al fine di scongiurare il rischio di "ipercriminalizzazione" di condotte rientranti nell'ambito della "autonomia privata sessuale", rimaneva lecita la pornografia domestica minorile, dato che vanno escluse dallo spettro della rilevanza penale le condotte di chi realizzava il materiale pornografico in cui erano coinvolti minori che avessero raggiunto l'età del consenso sessuale nei casi in cui tale materiale fosse stato prodotto e posseduto con il consenso di tali minori ed esclusivamente a loro uso privato.

La indefettibilità della condotta di utilizzazione del minore in occasione della realizzazione del materiale pornografico ai fini della violazione di cui all'art 600-ter c.p, se da un lato, come evidenziato, costituisce senza dubbio un risultato auspicabile per non comprimere eccessivamente l'autodeterminazione sessuale dell'ultra-quattordicenne, dall'altro determina un vuoto di tutela.

Infatti, la libera realizzazione dello scatto o del video pornografico da parte del minore o comunque il consapevole consenso alla sua produzione da parte di terzi impedisce non solo che si configuri il reato a carico del diretto destinatario del materiale ma anche del terzo che, senza il consenso del minore proceda alla sua divulgazione presso terzi (cd. sexting secondario)¹.

La pronuncia della **Cassazione n. 5522 depositata il 12 febbraio scorso**², sembra chiudere il cerchio attorno alla dibattuta questione relativa alla punibilità della cosiddetta condotta di **sexting secondario**.

Il caso riguardava alcuni **selfie erotici trovati nella gallery di un telefono di una minore la quale aveva ceduto ad un amico il suo cellulare per farsi riprendere**.

Prima di restituire il cellulare alla ragazza, lo studente ha, a sua insaputa, fotografato i selfie con il suo telefono e li ha inviati a un amico comune, che a sua volta li ha divulgati su un gruppo WhatsApp composto da circa 20 persone.

Il padre della ragazza, minorenni all'epoca dei fatti, sporge denuncia dalla quale scaturisce il processo penale instaurato solo nei confronti dello studente che aveva diffuso gli scatti la prima volta e non di chi li aveva poi inoltrati.

In primo grado, il **Gup di Salerno** ha assolto il ragazzo dal reato di cui all'art. 600-ter c.p., comma 4, perché il fatto non sussiste in quanto:1) il materiale erotico era stato auto-prodotto dalla vittima e 2) perché non era stato divulgato a più persone ma ad una soltanto.

Nella specie, il giudice aveva ravvisato che il reato dell'art. 600-ter c.p. presupponeva, per ciascuna delle ipotesi di reato contemplate dalla norma incriminatrice, che il produttore del materiale pedopornografico fosse una persona diversa dal minore raffigurato. La norma mirava infatti a sanzionare chi utilizzava il minore al fine di produrre il materiale pornografico o al fine di porre il suddetto materiale nei circuiti che lo veicolavano a terzi. Nella specie, vi era stata la duplicazione,

¹ Serafino Ruscica, *Speciale Concorso Magistratura 2020*, Percorsi, Giuffrè F.Lefebvre

² Corte di Cassazione, sez. III Penale, 21 novembre 2019 – 12 febbraio 2020, n. 552 Presidente Izzo – Relatore Macrì

mediante copiatura, del materiale pedopornografico autoprodotta dalla ragazza, ipotesi non contemplata dalla norma incriminatrice e non giustificabile, trattandosi di un'interpretazione *in malam partem*.

Di diverso avviso la **Corte d'appello** che ha condannato l'imputato per il reato di cessione di materiale pedopornografico, previsto dall'art. 600-ter, comma 4, c.p., punito più lievemente rispetto al comma 3, che prevede la pena della reclusione fino a cinque anni quando le fotografie vengono divulgate a gruppi di persone o pubblicate sui social network.

Il ricorso in **Cassazione** da parte dell'imputato, dà l'occasione ai giudici per fare il punto su una casistica soggetta a interpretazioni difformi.

La questione primaria è se il consenso del minore ad autoscattarsi le fotografie erotiche affievolisca fino ad annullare la rilevanza penale della condotta di chi, venuto in possesso dei selfie, li divulghi.

La Suprema Corte, nel suo intervento, chiarisce che: 1) ai fini della configurabilità del delitto di pornografia minorile, non è sempre necessario che il produttore del materiale sia persona diversa dal minore raffigurato; 2) la normativa sovranazionale e nazionale impongono di prescindere dal pericolo della diffusione del materiale pedopornografico, perché le condotte della produzione, detenzione, divulgazione, cessione -a seguito dell'avvenuto *revirement* giurisprudenziale da parte delle Sezioni Unite del 2008 che hanno sovvertito il precedente orientamento- sono tutte autonomamente distinte e tutte di danno, sebbene ispirate da una generale idea di pericolo, forse più astratto che concreto.

In sostanza le Sezioni Unite hanno configurato l'art. 600 -ter c.p. in termini di reato di danno e non più di pericolo. Se a ciò si aggiunge, l'inserimento al comma 7 art. 600-ter c.p. -avvenuto con legge n.172 del 2012- della definizione di "pornografia minorile" tutta imperniata sulla tutela della dignità sessuale e l'immagine del minore, non vi è dubbio alcuno circa la implicita volontà del legislatore di tutelare il bene giuridico già dal fatto della produzione del materiale e a prescindere pertanto dal pericolo della sua diffusione.

Oggetto della tutela penale è l'immagine, la dignità ed il corretto sviluppo sessuale del minore, ciò consente di ricostruire la fattispecie in termini di illecito di danno, perché l'utilizzazione del minore, nella realizzazione del materiale pornografico, comprometteva di per sé il bene giuridico, consumando l'offesa che il legislatore mirava ad evitare.

Di conseguenza, la Cassazione, partendo dal fatto che non è più richiesto il pericolo concreto di diffusione del materiale vista anche la definizione di pornografia minorile e la liceità della pornografia domestica, ritiene che il 2, 3 e 4 comma richiamano il 1 comma dell'art. 600-ter c.p. per quanto riguarda l'oggetto materiale del reato e non l'intera condotta. In sostanza, il requisito che il materiale sia prodotto da un terzo riguarda alcune ipotesi di cui al 1 comma art. 600-ter c.p. ma non le condotte punibili nei successivi commi. Da qui la conclusione secondo cui *"ai fini del reato di diffusione distribuzione o divulgazione di pornografia minorile non rileva quindi la modalità della produzione (auto o eteroprodotto), essendo necessario e sufficiente che oggetto dell'offerta o della cessione sia il materiale pedopornografico realizzato o prodotto (e non il reato di produzione pornografica)."*

Quello che conta è che vi sia una **lesione della dignità del minore**, non vi è differenza in che modo sia avvenuta la produzione del materiale.

Ricalcando quanto già indicato dalla pronuncia 51815 del 2018, delle Sezioni unite, i giudici ribadiscono che al centro della tutela ci deve essere il corretto sviluppo sessuale del minore, minato dalla diffusione non consensuale dei selfie erotici.

Così come chiarito dalla **Suprema Corte nella sentenza 5522/2020**: *"Il sexting determina, rispetto alla produzione "tradizionale" della pedopornografia, un'inversione della strumentalizzazione del minore, che si sposta dal momento della produzione al momento della diffusione, con la conseguenza che l'interprete non deve valutare se il minore sia stato o meno utilizzato, ma deve concentrarsi sulle caratteristiche delle immagini e sulla tipicità delle condotte che assumono significato criminoso in sé, senza indagare sull'origine dell'immagine; la ratio della norma è infatti quella di garantire una tutela omnicomprensiva del minore, attraverso l'incriminazione di qualsiasi condotta connessa alle immagini pedopornografiche."*

Sfruttare i minori vuol dire impiegarli come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sé: significa 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.

Oggetto della tutela penale è l'immagine, la dignità ed il corretto sviluppo sessuale del minore, ciò che consente di ricostruire la fattispecie in termini di illecito di danno, perché l'utilizzazione del minore, nella realizzazione del materiale pornografico, comprometteva di per sé il bene giuridico, consumando l'offesa che il legislatore mirava ad evitare.

In ordine agli **effetti intertemporali**, le **Sezioni Unite**, si sono preoccupate di escludere che tale pronunciamento possa costituire una ipotesi di analogia *in malam partem* in grado di comportare un eventuale mutamento peggiorativo dell'interpretazione giurisprudenziale e pertanto, violazione del principio di legalità di cui all'art.7 CEDU.

Chiarisce la Corte che *“l'overruling in malam partem ricorre quando il dato normativo non sia chiaro, nè conoscibile o sia esclusa la prevedibilità della decisione, per il mutamento di un orientamento consolidato”*.

Posto che l'art. 7 CEDU include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa sia quello di derivazione giurisprudenziale, nel caso di specie, non vi sarebbe un mutamento giurisprudenziale imprevedibile per gli imputati a fronte dell'avvenuta trasformazione del contesto sociale che rende particolarmente agevole l'accesso ad internet, con conseguente svalutazione del criterio del pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico.