

LA LOCUZIONE 'IMMAGINI O VIDEO SESSUALMENTE ESPlicitI'
(ART. 612-TER C.P.) DOPO LA VERIFICA NOMOFILATTICA*.

Mariangela Telesca**

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- L'indeterminatezza della locuzione 'immagini o video sessualmente espliciti' (cenni); 3.- L'intervento della Corte di Cassazione: la questione oggetto di ricorso; 3.1.- Il percorso argomentativo svolto dai giudici di legittimità; 3.2.- Il principio di diritto relativo al sintagma 'sessualmente esplicito'.

1.- Premessa.

Nell'ambito dell'azione di contrasto alla violenza di genere¹ – cadenzata da numerosi interventi – il legislatore, com'è noto, ha emanato il c.d. 'codice rosso' (l. n. 69/2019) accogliendo, in tal modo, anche le sollecitazioni sovranazionali sempre più protese ad innalzare il livello della tutela e frenare un fenomeno in continua crescita². Si tratta di un provvedimento che ha comportato marcate ricadute sul sistema penal-processuale così come non meno rilevanti sono state gli ampliamenti concernenti l'applicabilità delle misure di prevenzione. Con riferimento alle innovazioni di diritto penale sostanziale va segnalata l'introduzione della nuova fattispecie di «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» (art. 612-ter c.p.) che rappresenta solo un segmento della risposta statale. Invero, l'azione di contrasto contro la violenza di genere conta, ancora, l'introduzione nel sistema di altre figure criminose: «Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa» (art. 387-bis); b) «Costrizione o induzione al matrimonio» (art. 558-bis); c) «Deformazione dell'aspetto della persona tramite

* Intervento, successivamente corredato da bibliografia essenziale, svolto al Seminario di approfondimento di Diritto penale su: "Le nuove fattispecie a tutela della libertà morale", Salerno 10 ottobre 2023.

**Professoressa a contratto per l'insegnamento di Diritto penale dell'ambiente presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno.

¹ La definizione di violenza di genere si rinviene nella Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Al considerando 17 la Direttiva reca: «Per violenza di genere s'intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti "reati d'onore". Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un'assistenza e protezione speciali a motivo dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza».

² Come si ricava dai dati ministeriali (consultabili sul sito <https://www.interno.gov.it/it/notizie/unanalisi-dei-dati-sulla-violenza-genero-due-anni-dal-codice-rosso>) su un totale di 263 omicidi volontari compiuti in Italia dal 1° gennaio al 21 novembre 2021, 109 hanno riguardato donne; di questi, 93 sono avvenuti in ambito familiare-affettivo e, in particolare, 63 per mano del partner o dell'ex partner. Numeri che in percentuale mostrano un aumento consistente delle vittime di genere femminile (+8%) rispetto allo stesso periodo del 2020. In crescita anche tutti i delitti commessi in ambito familiare-affettivo che passano da 130 a 136 (+5%). Anche in questo caso è significativo l'aumento delle vittime donne (+7%), e tra queste quelle uccise per mano del partner o dell'ex partner (+7%).

lesioni permanenti al viso» (art. 583-*quinques*). Ad arricchire il quadro dell'intervento repressivo contro la violenza di genere vanno richiamate le trasformazioni di figure circostanziali in fattispecie autonome (art. 583-*quinques* c.p.), gli incrementi sanzionatori delle cornici edittali delle fattispecie già esistenti, nonché la previsione di nuove circostanze con riferimento agli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), ai maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), alla violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), agli atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), all'ampliamento della portata dell'art. 577 c.p. in relazione all'omicidio commesso in presenza di relazioni personali. Risulta modificato, ancora, l'art. 165 c.p. che prevede la sospensione condizionale della pena solo in seguito all'espletamento di percorsi di rieducazione presso determinati enti (di prevenzione, di assistenza psicologica e di recupero) di coloro che sono stati condannati per le ipotesi delittuose di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinques*, 609-*octies* e 612-*bis*, 582 e 583-*quinques* e nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, co. 1 nn. 2, 5, e 5.1, e 577, co. 1 n. 1, e co. 2 c.p.

La fattispecie di «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» se, da un lato, presenta il merito di aver colmato una lacuna del sistema penale (invero, le fattispecie astrattamente applicabile al caso di diffusione di contenuti intimi destinati a rimanere privati – artt. 595 co. 3 c.p., 612-*bis*, 615-*bis*, 617-*septies* c.p., e 167 d.lgs. n. 196/2003, c.d. codice della privacy – avevano dimostrato scarsa capacità di contrastare un fenomeno in forte espansione³), dall'altro, come spesso è accaduto con la legislazione emergenziale, si connota per una tecnica di redazione che non va esente da censure. Nonostante le condivisibili intenzioni del legislatore va segnalato come in relazione a quest'ultimo profilo la dottrina abbia evidenziato vari aspetti che pongono la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-*ter* c.p. in aperta distonia con il corretto funzionamento della legalità penalistica e, in particolare, sotto lo specifico profilo dell'aggiramento del principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale.

2.- L'indeterminatezza della locuzione 'immagini o video sessualmente espliciti' (cenni).

La nuova figura criminosa è stata ritenuta viziata da marcata genericità avuto riguardo alle espressioni: «destinati a rimanere privati», «relazione affettiva», «condizione di inferiorità fisica o psichica», «stato di gravidanza»; ma è stata la formula «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito», che di fatto 'connota' l'art. 612-*ter* c.p., ad attirare le critiche più incisive.

³ Si legge sul quotidiano la Repubblica del 24 maggio 2017 (consultabile sul sito www.repubblica.it): «Facebook invasa dal *revenge porn*: 54mila i potenziali casi analizzati in un mese». La Polizia Postale ha segnalato un aumento dei casi di *revenge porn* nel 2021 rispetto al 2020 pari al 78%, in www.altalex.com. Fenomeno che non riguarda solo il nostro Paese; riporta R. Rasker, *The typical victim of 'revenge porn' probably isn't who you think it is*, in <https://www.abc.net.au/everyday/the-typical-victim-of-revenge-porn-isnt-who-you-think-it-is/11240576>, che la dottoressa Henry ha iniziato a fare ricerche sull'argomento nel 2017, quando ha intervistato più di 4.200 australiani di età compresa tra i 16 e i 49 anni ed ha scoperto che il 22% delle donne e il 23% degli uomini in quella fascia di età avevano subito abusi basati sull'immagine. La pubblicazione di contenuti intimi coinvolge non solo le donne; infatti, si legge nello stesso *reportage* che il 36% delle persone lesbiche, gay e bisessuali ha dichiarato di aver subito abusi basati sull'immagine rispetto al 21% delle persone eterosessuali.

In effetti, di tale inciso ne è stata segnalata la vaghezza e, conseguentemente, il rischio che «la norma appare destinata a suscitare un prevedibile, quanto intenso, dibattito (potendo) dare vita ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti e, ancor di più, ad interpretazioni nomopoietiche»⁴.

Molteplici sono state le soluzioni per cercare di delineare la reale portata della «né chiara né precisa»⁵ locuzione che ruota intorno al concetto di ‘sessualmente esplicito’ di per sé in grado di dare vita a non pochi equivoci⁶. In proposito, va segnalato che, se appare chiara la volontà del legislatore di punire ‘fatti gravi’ e, quindi, escludere la scarsa offensività delle immagini o dei video esternati, l’inciso non riesce però a stabilire la linea di demarcazione tra ciò che è importante e ciò che è ininfluenza ai fini della configurabilità della fattispecie⁷.

Diversamente dalla normazione di altri Paesi – i quali si fanno carico di specificare ‘gli atti sessualmente espliciti’ attraverso una varietà di riferimenti ora elencando le parti anatomiche della persona, altre volte enumerando gli atti sessuali, altre volte ancora descrivendo le modalità con le quali vengono posti in essere gli atti sessuali⁸ – il nostro legislatore non offre alcuno aiuto in proposito rimettendo di fatto all’interprete (*i.e.* la giurisprudenza) il compito di tratteggiarne l’esatta portata.

In assenza di qualunque indicazione da parte del legislatore è stato affermato che ai fini della configurabilità della fattispecie il materiale si definisce ‘a contenuto sessualmente esplicito’ quando risulta tale in modo inequivocabile per chiarezza e precisione espressive, con la conclusione che la «sessualità deve essere circoscritta agli atti di contatto fisico con le zone erogene del copro»⁹, oppure quando ritrae, chiaramente, atti sessuali od organi sessuali, «senza lasciare spazi all’immaginazione dello spettatore»¹⁰.

Alla formula è stata assegnata, ancora, la capacità di racchiudere «tutti i contenuti ritraenti rapporti sessuali o parti intime delle persone coinvolte»¹¹.

Da altro punto di vista è stato evidenziato che per inquadrare la portata dell’inciso normativo in questione occorre utilizzare «la definizione traibile da delitto di pornografia minorile (che) potrebbe rappresentare un ragionevole punto di equilibrio»¹².

⁴ E. Lo Monte, *Art. 612-ter c.p. “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”*. Tra buoni propositi, denegato ‘diritto all’oblio’ e morti ‘social’, Torino 2021, 99.

⁵ B. Romano, *L’introduzione dell’articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in B. Romano, A. Marandola (curr.), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa 2020, 107.

⁶ Unione delle Camere Penali, *Audizione Commissione Giustizia del Senato 11.6.2019. Integrazione alle osservazioni dell’Unione delle Camere Penali Italiane. Disegno di legge 1200*, in www.camerepenali.it.

⁷ E. Lo Monte, *Art. 612-ter c.p.* cit. 101.

⁸ Per una panoramica delle varie legislazioni, anche con riferimento all’individuazione del concetto di ‘sessualmente esplicito’, si rinvia a E. Lo Monte, *Art. 612-ter c.p.* cit. 37ss.

⁹ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*⁸, Padova 2022, 389.

¹⁰ R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*², Torino 2022, 164.

¹¹ B. Nicotra, *Il “Codice rosso” per estirpare il virus della violenza di genere: un primo commento a meno di un anno dalla sua entrata in vigore*, in www.magistraturaindipendente.it.

¹² B. Romano, *L’introduzione* cit. 107.

Secondo altra impostazione il contenuto sessuale (caratterizzato da aperta evidenza contenutistica) verrebbe a contrassegnare gli atti obiettivamente attinenti alla ‘sessualità’, le cui tradizionali espressioni sono di ovvia percezione tutte le volte in cui vengano coinvolti gli organi sessuali ed in cui rientrano anche gli atti di autoerotismo. Ciononostante, si rileva l’eventuale permanenza di fasce di incertezza, «che potranno essere decryptate da una cauta trasposizione dell’esegesi degli atti sessuali di cui al reato di violenza sessuale e forse anche dall’attributo della esplicitezza, ove si ritenga di assegnare, come parrebbe logico, a tale requisito una funzione di appropriata scrematura, per tenere fuori dall’ambito di efficacia della nuova e severa norma incriminatrice alcuni contegni che invece sono fatti rientrare nel concetto di atti sessuali»¹³.

In sintonia con la riserva di legge e, dunque, per evitare aggiramenti del principio di legalità è stata, altresì, sostenuta l’opportunità che si fosse fatto riferimento «ad “atti sessuali” in senso stretto o a parti intime del corpo della persona»¹⁴.

Non sono mancate interpretazioni che valorizzando *ratio* e finalità della norma sono pervenute a risultati amplificatrici del concetto di «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito». A tale risultato si perviene prendendo in considerazione il fatto: a) che il legislatore sanziona l’invio, la consegna, la cessione, la pubblicazione e la diffusione, di immagini o video sessualmente espliciti e non l’atto sessuale; e b) che si tratta di ‘momenti’ destinati a rimanere privati. Secondo questa impostazione, pertanto, il carattere di privatezza contribuisce a determinare la portata della locuzione «contenuto sessualmente esplicito», con la conclusione che la norma vieta la rivelazione di qualunque immagine, foto, video della vittima in assenza di consenso della stessa¹⁵.

3.- L’intervento della Corte di Cassazione: la questione oggetto di ricorso.

In un tale contesto di posizioni alquanto diversificate¹⁶ – a riprova della genericità della norma – è intervenuta di recente la Corte di legittimità¹⁷.

Prima di soffermarci sulle determinazioni del supremo Collegio appare opportuno riepilogare, quantunque in via di estrema sintesi, i fatti sottoposti allo scrutinio dei giudici: la Corte territoriale confermava la sentenza di primo grado che riscontrava la penale responsabilità dell’imputato per i reati di cui agli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p., uniti dal vincolo della

¹³ V. Santoro, *Alcune considerazioni in merito ai reati di “diffusione di riprese e registrazioni fraudolente” (art. 617 septies) e di “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” - revenge porn - (art. 612 ter c.p.)*, (17 ottobre 2019), in www.ratioiuris.it.

¹⁴ Cfr. Unione delle Camere Penali, *Audizione Commissione Giustizia del Senato 11.6.2019. Integrazione alle osservazioni dell’Unione delle Camere Penali Italiane. Disegno di legge 1200*, cit.

¹⁵ E. Lo Monte, *Art. 612-ter c.p.* cit. 104.

¹⁶ Da tutt’altro punto di vista, è stato affermato (C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica: Revenge porn e Cyberstalking*, in www.magistraturaindipendente.it) che con la formula «contenuto sessualmente esplicito» il legislatore abbia «correttamente indicato in termini indeterminati, dovendo la stessa essere condizionata da mutamenti socio-culturali dei quali il giudice deve farsi interprete».

¹⁷ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 14927 (ud. 22/2/2023, dep. 7/4/2023), in <https://sistemapenale.it/it/scheda/caletti-la-prima-pronuncia-di-legittimita-sullart-612-ter-cp>.

continuazione, commessi ai danni di una persona allo stesso legata da una relazione sentimentale extraconiugale.

L'imputato insofferente alla decisione della vittima di troncare la relazione iniziava a molestare e minacciare in vari momenti l'incolumità oltre ad ingiuriare la stessa; inoltre, minacciava la vittima di rivelare tutto ai figli e al marito. Successivamente dava seguito alla minaccia inviando ai primi messaggi offensivi e foto dai contenuti sessualmente espliciti. In particolare, una foto ritraeva la donna a seno nudo e nell'atto di mimare un bacio poi definito 'erotizzante'; la foto veniva successivamente trasmessa tramite messaggistica telefonica ad un'amica della vittima.

Dal comportamento dell'imputato scaturiva un grave stato d'ansia della persona offesa nonché un radicale mutamento delle abitudini di vita che portavano all'interruzione della convivenza matrimoniale e alla necessità per la vittima di andare a vivere con la madre.

Avverso la decisione di condanna avanzava ricorso la difesa dell'imputato sollevando vari motivi di censura l'ultimo dei quali – oggetto delle presenti riflessioni – concerneva la corretta individuazione del 'contenuto sessualmente esplicito' di cui alla fattispecie incriminatrice (art. 612-ter c.p.).

Nello specifico – come riporta la decisione della Corte di Cassazione – la difesa dell'imputato sosteneva che «una foto a seno nudo di una donna, che mimi il gesto di un bacio serrando le labbra, non può ritenersi di contenuto sessualmente scandaloso o lascivo: per immagini sessualmente esplicite, in altre parole, dovrebbero intendersi soltanto quelle raffiguranti atti sessuali ovvero organi genitali»¹⁸.

3.1.- Il percorso argomentativo svolto dai giudici di legittimità.

Nel rigettare il ricorso sullo specifico punto concernente il 'contenuto sessualmente esplicito' – gli altri motivi per lo più di valenza processuale sono stati ritenuti inammissibili – i giudici di legittimità affrontano tre diverse questioni tra loro connesse, vale a dire:

- a) se l'invio della foto al figlio (*rectius* ai figli) abbia una connotazione 'diffusiva', atteso che l'imputato inoltrandogliela aveva la certezza che questi non l'avrebbe a sua volta diffusa;
- b) se sussista, nel caso di specie, il dolo specifico di aver agito con finalità di recare nocumento alla persona offesa;
- c) se possa essere ricompresa nella categoria delle 'immagini a contenuto sessualmente esplicito' la foto che ritrae la vittima a seno nudo mentre mima un bacio serrando le labbra. Per la difesa dell'imputato, come accennato in precedenza, la fattispecie incriminatrice – sul piano della tipicità – ricomprenderebbe solo le immagini che raffigurano organi genitali ovvero atti sessuali.

In relazione alla prima delle censure avanzate avverso la decisione della Corte territoriale, il supremo Collegio nel ritenerla manifestamente infondata, sostiene che l'invio di cui alla fattispecie incriminatrice – strutturata nei termini di reato istantaneo – non richiede la

¹⁸ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 14927, 'Ritenuto in fatto' cit. 3.

reiterazione della condotta diffusiva «né ‘quantifica’ o qualifica in alcun modo la diffusione lesiva del bene protetto».

Il reato in questione, specificano i giudici di legittimità, è collocato tra quelli posti a tutela della libertà morale individuale e si rivolge alla sfera di intimità personale e della *privacy*, intesa quale diritto a controllare l’esposizione del proprio corpo e della propria sessualità, in un’ottica di autodeterminazione della sfera sessuale individuale. Pertanto, integra l’*invio*, penalmente rilevante ai sensi dell’art. 612-ter c.p., quello che venga effettuato ‘verso chiunque’ (purché senza il consenso della persona offesa) e in ‘qualsiasi modo’ abbia acquisito l’immagine o il video a contenuto sessualmente esplicito.

La Corte rimarca, infine, che la foto era stata inviata anche ad un’amica della vittima e, soprattutto, del tutto infondata risulta l’obiezione della difesa che il figlio ‘certamente’ non l’avrebbe fatta circolare.

Per quanto concerne l’*invio* del materiale destinato a rimanere privato va segnalata quella posizione dottrinale secondo la quale la ‘cessione’ di immagini o video sessualmente espliciti anche ad una sola persona integra l’*invio* di cui all’art. 612-ter c.p. In particolare, si sostiene che i termini ‘invio’, ‘consegna’ e ‘cessione’ evidenziano modalità diverse (dalla pubblicazione e dalla diffusione) che possono essere raggruppati, da un punto di vista etimologico, sotto il verbo ‘rivelare’. Infatti, *inviare* può essere letto come ‘mandare a qualcuno’; *consegnare* implica il fatto di ‘recapitare’, ‘portare’; *cedere* coinvolge l’azione di operare un ‘trasferimento’. Tutti e tre i termini hanno in comune il fatto di comunicare la notizia ad un ristretto numero di soggetti. In tal modo, il legislatore amplia al massimo la portata della fattispecie incriminatrice sanzionando addirittura il comportamento di chi invia anche ad una sola persona il materiale sessualmente esplicito e in qualunque modalità questo avvenga¹⁹.

Con riferimento alla seconda obiezione, la Corte di legittimità ritiene dimostrato il dolo specifico previsto dal secondo comma dell’art. 612-ter c.p. avendo l’imputato inviato la foto a seno nudo della vittima con la precisa volontà di minare la reputazione della stessa aggredendone la moralità e, dunque, provocare quel nocimento – poi nei fatti verificatosi con la fine del rapporto coniugale e, più in generale, con la perdita della serenità familiare – richiesto dalla norma. Invero, avere inviato la foto e avere informato il marito e i figli della persona offesa della relazione extraconiugale evidenzia «quel finalismo ulteriore e tipico del cd. *revenge porn*» rappresentato dalla volontà di vendicarsi e di punire la vittima per avere deciso, unilateralmente, di interrompere il rapporto.

3.2.- Il principio di diritto relativo al sintagma ‘sessualmente esplicito’.

Per quanto concerne il terzo motivo, vale a dire l’individuazione della portata della locuzione ‘sessualmente esplicito’ – che rappresenta il punto essenziale della contestazione e, quindi, della decisione – la Corte di legittimità afferma il seguente principio di diritto: « Ai fini della

¹⁹ In tal senso cfr. E. Lo Monte, *Art. 612-ter c.p.* cit. 76.

configurabilità del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, la divulgazione può riguardare non solo immagini o video che ritraggono atti sessuali ovvero organi genitali, ma anche altre parti erogene del corpo umano in condizioni e contesti tali da evocare la sessualità»²⁰.

I giudici di legittimità pervengono a tale conclusione attraverso un'analisi graduale (*i.e.* per esclusione) di alcuni 'fraitendimenti' sottesi alla locuzione in esame.

In primo luogo, si sostiene che l'inciso utilizzato nell'art. 612-*ter* c.p. non richiama organi propri «dell'apparato sessuale-riproduttivo in senso medico-scientifico, né tanto meno allude ad un atto sessuale vero e proprio»; del resto, è evidente che la sessualità della vittima può essere evocata anche attraverso la mera proposizione di parti 'erogene' del corpo diverse dagli organi genitali in grado, però, di richiamare «per il contesto e le condizioni concrete nelle quali vengono ritratte, l'istinto sessuale»²¹. Ne consegue che la diffusione di immagini o video (nel caso di specie il seno, ma lo stesso ragionamento vale per le altre zone erogene come i glutei) – senza il consenso della persona offesa – realizzerà una violazione della libertà di autodeterminazione della sfera sessuale complessivamente considerata.

A conferma di siffatta interpretazione vengono richiamati alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di pornografia minorile ove è stata ritenuta rientrante nel concetto di 'immagine sessuale' la nudità in quanto tale²².

Una conferma ulteriore si ricava da un altro arresto giurisprudenziale, sempre in tema di pornografia minorile, laddove afferma che ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 600-*ter* c.p., la nozione di 'pornografia minorile' dettata dall'ultimo comma fa riferimento – oltre ad ogni rappresentazione di un minore coinvolto in esplicite attività sessuali – a qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali. In quest'ottica per 'organi sessuali' devono intendersi anche gli organi sessuali cd. 'secondari' (quali il seno ed i glutei), non potendosi limitare la rilevanza penale delle condotte incriminate alle sole rappresentazioni degli organi genitali di soggetti infradiciottenni²³.

La Corte pone a fondamento della propria decisione, inoltre, quell'orientamento che ritiene configurabile la fattispecie del delitto di pornografia minorile ed argomenta le proprie considerazioni sul carattere pedopornografico del 'materiale prodotto'; quest'ultimo non presuppone necessariamente un'interazione consapevole fra l'autore della condotta e il minore, ben potendo essere individuato nella rappresentazione di movimenti in cui i minori assumono posizioni che si concretizzano in atteggiamenti lascivi ed eroticamente eccitanti, seppur assunti involontariamente ed inconsapevolmente²⁴.

²⁰ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 14927, 'Considerato in diritto' cit. 12.

²¹ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 14927, 'Considerato in diritto' cit. 11.

²² Cass. pen., Sez. III, n. 39685 (ud. 1/12/2017 - dep. 4/9/2018), Rv. 273960.

²³ Cass. pen., Sez. III, n. 9354 (ud. 8/1/2020 - dep. 9/3/2020), Rv. 278639 - 01.

²⁴ Cass. pen., Sez. III, n. 42964, 10/6/2015, Rv. 265157; in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto corretta la condanna, per fatti commessi prima della più rigorosa formulazione dell'art. 600-*ter*, ult. comma, c.p., da parte della l. n. 172/2012, di colui che aveva ripreso, con una telecamera nascosta, immagini sessualmente allusive di minori intenti a cambiarsi e a farsi la doccia nello spogliatoio.

Un solo aspetto del principio di diritto affermato dalla Corte lascia qualche dubbio; ci riferiamo all'inciso «in condizioni e contesti tali da evocarne la sessualità»; tale richiamo potrebbe dare la stura a prese di posizioni discordanti e, di fatto, vanificare quanto sostenuto dai giudici di legittimità. In altri termini, sulla base dell'interpretazione delle 'condizioni' e del 'contesto' si potrebbe pervenire a risultati diametralmente opposti; così, ad esempio, la discrezionale valutazione del 'contesto' potrebbe comportare la punibilità per la divulgazione dell'immagine del seno in quanto ritenuto 'materiale sessualmente esplicito' oppure, a contrario, non sussumibile nella fattispecie incriminatrice astratta. Per il resto, la 'lettura' dell'inciso «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito» da parte della Corte di legittimità merita sicuro apprezzamento perché:

- a) detta una linea di concreta affidabilità per le future decisioni del giudice di merito il quale – non diversamente da come si è verificato per l'individuazione del numero dei comportamenti (due) in grado di integrare la locuzione 'atti persecutori'²⁵ – potrà contare su indiscutibili indicazioni munite di una 'forza' e di un'autorevolezza' tali da farle assurgere a regola di diritto²⁶;
- b) chiarisce la portata della fattispecie incriminatrice nonostante il rischio di 'invasioni di campo' in quanto la linea di demarcazione tra 'vietato' e 'consentito' è compito di spettanza del legislatore. Non è questa la sede per approfondire questioni di più ampio respiro relative al rapporto tra diritto giurisprudenziale e principio di legalità²⁷, ma va rimarcato come previsioni legislative carenti di precisione lascino il destinatario della norma in un'ingiustificata incertezza;
- c) ribadisce la funzione nomofilattica della Corte regolatrice disciplinata dall'art. 65, co. 1, dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941 n.12), secondo cui: «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge». Attraverso l'intervento nomofilattico si garantisce, infatti, l'eguaglianza dei cittadini (art. 3, co. 1, Cost.) e una reale soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2, Cost.)²⁸.

²⁵Cass. pen., Sez. V, n. 6417, (ud. 21/1/2010 - dep. 17/2/2010), in <https://www.altalex.com/documents/news/2010/07/07/stalking-quant-epi-son-nessari-per-integrare-la-reiterazione>.

²⁶A. Bassi, *La gestione operativa della funzione nomofilattica della corte Suprema di Cassazione*, in *Sist. pen.* 3 (2020) 69ss.

²⁷M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Cassazione e legalità penale* cit. 83ss.

²⁸G. Lattanzi, *La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, in *Cass. pen.*, 10 (2012) 3243ss.