

TRIBUNALE DI BOLOGNA

Seconda Sezione penale

Il Tribunale di Bologna, Seconda Sezione Penale, composto dai magistrati:

dott. Pier Luigi Di Bari presidente;

dott.ssa Simona Siena giudice;

dott. Filippo Ricci giudice;

nel procedimento indicato in epigrafe a carico di B.P., nato il ... a Napoli, imputato, come da decreto di giudizio ex art. 429 c.p.p. del 30 settembre 2020 e da contestazione suppletiva del P.M. all'udienza del 21 ottobre 2022, rispettivamente dei seguenti reati:

*«Del delitto previsto e punito dagli articoli 81 cpv. e 600-ter c.p., perche' con piu' azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso compiute in un medesimo contesto temporaneo, utilizzando l'utenza telefonica (e dati) ..., intestata al padre ... ma di fatto in suo esclusivo uso, accedendo a contatti presenti negli applicativi del tipo whatsapp e connected2.me, servendosi dello pseudonimo ..., contattava la minore ... e numerose altre ragazze non identificate, comunque di eta' minore (fra esse le utilizzatrici dei profili ... alle quali inviava immagini del proprio pene in erezione e otteneva in cambio foto ritraenti gli organi genitali o comunque i glutei o i seni delle sue interlocutrici, cosi' inducendo le vittime a realizzare ed inviargli materiale pedopornografico.*

*In ..., sino al ...*

*nonche' del delitto p. e. p. dall'art. 609-undecies c.p., poiche' adescava la minore di anni 16 ..., utilizzando l'utenza telefonica e dati ... intestata al padre ... ma di fatto in suo esclusivo uso, accedendo a contatti presenti negli applicativi del tipo whatsapp e connected2.me e servendosi dello pseudonimo di ..., inviandole immagini del proprio pene in erezione allo scopo di ottenere dalla stessa, in cambio, foto e video pornografici che la ritraevano e quindi di realizzare o produrre materiale pornografico, condotta punita dall'art. 600-ter c.p.*

*Accertato in ... fino al ...»;*

sentite le conclusioni delle parti all'udienza del 16 giugno 2023 fissata per la discussione e, in particolare, la richiesta del P.M. di sollevare questione di legittimita' costituzionale dell'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p. per contrasto con gli articoli 3 e 27, comma 3, della Costituzione nella parte in cui non prevede l'attenuante del caso di minore gravita' analogamente alle previsioni di cui agli articoli 609-bis comma 3 e 609-quater comma 6 c.p.;

Osserva

Il Tribunale dubita della legittimita' costituzionale dell'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p. nella parte in cui non prevede l'attenuante del caso di minore gravita', di cui si sollecita introduzione per il

tramite di una pronuncia che rientra nei poteri consentiti alla Corte Costituzionale anche perché non richiede un intervento diretto sul minimo edittale della fattispecie, ma un sindacato sulla manifesta irragionevolezza del trattamento sanzionatorio in difetto di previsione della citata attenuante (cfr., tra le altre, sentenze Corte Costituzionale n. 161/2009, n. 234/2008, n. 22/2007 e n. 394/2006).

Circa la rilevanza della questione, si osserva che B.P. è chiamato a rispondere, tra gli altri, del reato di cui all'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p., fattispecie nella quale l'istruttoria dibattimentale consente di ricondurre probatoriamente quantomeno la condotta commessa ai danni della minore ... (nata il ..., dunque infraquattordicenne all'epoca del fatto), nonché della minore non identificata corrispondente al profilo ... (verosimilmente quattordicenne all'epoca del fatto).

In entrambi i casi viene infatti in rilievo la produzione di materiale pedopornografico, rappresentato da fotografie ritraenti organi sessuali secondari (ovvero seno e glutei, rientranti nel concetto di «organi sessuali di un minore di anni diciotto» di cui all'ultimo comma dell'art. 600-ter c.p., come chiarito, tra le altre, da Cass. Sez. III, sentenza n. 9354 dell'8 gennaio 2020 Ud., dep. 9 marzo 2020, Rv. 278639), realizzato delle citate persone offese su istigazione dell'imputato nell'ambito di un rapporto, instaurato virtualmente, connotato da una posizione di supremazia dell'imputato, tale dunque da integrare il presupposto della «utilizzazione del minore» richiesto dalla norma, come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità. Si cita, tra le altre, Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 51815 del 31 maggio 2018 Ud., dep. 15 novembre 2018, Rv. 274087, secondo cui «in tema di pornografia minorile, non sussiste l'utilizzazione del minore, che costituisce il presupposto del reato di produzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-ter,

comma 1, cod. pen., nel caso di realizzazione di immagini o video che abbiano per oggetto la vita privata sessuale di un minore, che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, nell'ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell'autore, sicché le stesse siano frutto di una libera scelta e destinate ad un uso strettamente privato»; in motivazione si legge «il nuovo inquadramento sistematico della fattispecie, sopra delineato, induce a valorizzare, allo scopo di evitare l'incriminazione di un comportamento evidentemente privo di rilevanza penale, il concetto cardine di "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 per il conseguimento di utilità di vario genere; condotta che rende invalido anche un suo eventuale consenso (ex plurimis, Sez. 3, n. 1783 del 17 novembre 2016, dep. 16 gennaio 2017, C., Rv. 269412; Sez. 3, n. 1181 del 23 novembre 2011, dep. 16 gennaio 2012, L., Rv. 251905). Si devono, insomma, distinguere le condotte di produzione aventi un carattere

abusivo, per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore o per modalita' 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'eta' 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, dovra' essere esclusa la ricorrenza di quella "utilizzazione" che costituisce il presupposto dei reati sopra richiamati; si richiama anche Cassazione Sezioni Unite, sentenza n. 4616 del 28 ottobre 2021 Ud., dep. 9 febbraio 2022, Rv. 282718, secondo cui «in tema di reato di pornografia minorile di cui all'art. 600-ter, comma primo, cod. pen., e' lecita unicamente la produzione di materiale pornografico realizzato senza la "utilizzazione" del minore e con il consenso espresso di colui che abbia raggiunto l'eta' per manifestarlo».

Nello specifico, quanto alla condotta commessa ai danni della minore ..., all'epoca tredicenne, trattasi di produzione di fotografie pedopornografiche avente carattere abusivo per via dell'eta' della vittima, inferiore a quella del consenso sessuale (ovvero quattordici anni, desumibile dall'art. 609-quater c.p.).

Quest'ultimo dato e' idoneo a ritenere integrato il requisito della «utilizzazione» della minore, cosi' trasformata in uno strumento per il soddisfacimento di desideri sessuali dell'adulto.

Non ricorre peraltro il fatto tipico scusante rappresentato dall'ignoranza inevitabile circa l'eta' della persona offesa previsto dall'art. 602-quater c.p. (norma introdotta con legge n. 172/2012 che, estendo anche ai reati in materia di pornografia la regola contenuta nell'art. 609-sexies c.p., stabilisce che «quando i delitti previsti dalla presente sezione sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, il colpevole non puo' invocare a propria scusa l'ignoranza dell'eta' della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile»).

Non risulta, invero, che l'imputato avesse diligentemente proceduto ai dovuti accertamenti o fosse stato indotto da qualsivoglia elemento a ritenere che la minore fosse ultraquattordicenne (e tanto meno maggiorenne), non essendo peraltro sufficienti a scusare «elementi quali la presenza nel soggetto di tratti fisici di sviluppo tipici di minorenni o rassicurazioni verbali circa l'eta', provenienti dal minore o da terzi» ed avendo egli l'onere, non adempiuto nel caso in esame, «di provare di aver fatto tutto il possibile al fine di uniformarsi ai suoi doveri di attenzione, di conoscenza, di informazione e di controllo, attenendosi ad uno standard di diligenza direttamente proporzionale alla rilevanza dell'interesse per il libero sviluppo psicofisico dei minori» (cfr. Cass. Sez. III, sentenza n. 13312 del 7 marzo 2023 Ud., dep. 30 marzo 2023, Rv. 284321). Si nota, peraltro, che le fotografie della minore inserite nei profili delle applicazioni connected2.me e whatsapp rappresentavano una ragazza avente

sembianze certamente compatibili con un'età inferiore a quattordici anni, nonché che nel nome utente dell'applicazione whatsapp era inserito l'anno di nascita dell'utente indicativo della sua età inferiore a quattordici anni (...).

Quanto alla minore non identificata ..., trattasi di produzione di fotografie pedopornografiche realizzata con la «utilizzazione» di una ragazza minorenni (ma verosimilmente ultraquattordicenne, come dalla stessa dichiarato in chat), fotografie realizzate da quest'ultima e inviate sull'applicazione connected2.me su istigazione dell'imputato.

A differenza delle altre ipotesi pure oggetto di contestazione, in questo caso può ritenersi accertato processualmente che dietro l'account in questione agisse una minorenni dal momento che le citate fotografie venivano prodotte (e inviate) a seguito di specifiche richieste, anche rispetto alle posizioni da assumere e all'abbigliamento da indossare e mostrare (ad esempio posizione prona e con calzini in vista), dell'imputato.

Il carattere abusivo della produzione di materiale pedopornografico risiede, in questo caso, nell'inganno perpetrato dall'imputato, avendo egli, nel corso della conversazione virtuale con la minore, dichiarato falsamente di avere sedici anni (anziché diciotto) e mostrato foto del viso non corrispondenti alle sue reali sembianze. Condotta che ha istigato così la ragazza (che nella conversazione scriveva «hai 16 anni e io 14, va bene ...»), rendendo manifesta l'importanza che per lei rivestiva l'omogeneità anagrafica o comunque una differenza di età non eccessiva), degradata a oggetto di manipolazione, a realizzare fotografie dal contenuto erotico.

Venendo in rilievo la «utilizzazione» della minore, nessuna valenza scriminate può essere riconosciuta al suo consenso, pur astrattamente validamente esprimibile in quanto persona (verosimilmente) ultraquattordicenne, trattandosi di un consenso non libero ma determinato dall'abusività della condotta dell'adulto.

Per entrambi le ipotesi, appare poi pertinente il richiamo ai principi giurisprudenziali secondo cui risponde del delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600-ter comma 1 c.p. «anche colui che, pur non realizzando materialmente la produzione di materiale pedopornografico, abbia istigato o indotto il minore a farlo, facendo sorgere in questi il relativo proposito, prima assente, ovvero rafforzando l'intenzione già esistente, ma non ancora consolidata, in quanto tali condotte costituiscono una forma di manifestazione dell'utilizzazione del minore, che implica una strumentalizzazione del minore stesso, sebbene l'azione sia posta in essere solo da quest'ultimo» (cfr. Cass. Sez. III, sentenza n. 26862 del 18 aprile 2019 Ud., dep. 18 giugno 2019, Rv. 276231), a nulla rilevando l'eventuale familiarità del minore alla divulgazione di proprie immagini erotiche, che è solo «sintomo di una particolare fragilità» (cfr. Cass. Sez. III, sentenza n. 1509 del 16 ottobre 2018 Ud., dep. 14 gennaio 2019, Rv. 274342).

Cio' detto, la condotta dell'imputato - ad una valutazione globale del fatto in cui si conferisce rilievo a mezzi, modalità esecutive, grado di pressione esercitato sulle vittime e di

intensita' della lesione del bene giuridico protetto - appare inquadrabile in un «caso di minore gravita'»; la differenza di eta' tra imputato (nato il ..., dunque diciottenne all'epoca della realizzazione delle condotte, collocabili temporalmente a ...) e le vittime (di tredici e quattordici anni) era contenuta; le immagini pedopornografiche raffiguravano organi sessuali secondari; sono assenti fini commerciali o di divulgazione a terzi; non vengono in rilievo particolari tecniche di manipolazione psicologica o seduzione affettiva o comunque pressioni subdole e infide sintomatiche di un piu' riprovevole sfruttamento della propria posizione di supremazia in termini di eta' ed esperienza; l'istigazione e' avvenuta tramite un'opera di persuasione non connotata da particolare ostinazione o insidia (per quanto documentalmente emerso rispetto alla vittima corrispondente al profilo utente ..., la produzione e l'inoltro delle fotografie erano avvenuti pressoché su semplice richiesta, pur preceduta dall'inganno sull'eta'; quanto alla ..., sulla base delle dichiarazioni rese dai genitori della minore, emerge che la produzione e l'invio erano pure avvenuti a seguito di mera richiesta, sia pure «insistente», da parte dell'imputato).

In relazione alla non manifesta infondatezza della questione, si rileva che l'art. 600-ter comma 1 c.p., astrattamente applicabile alla fattispecie in esame, prevede quale trattamento sanzionatorio «la reclusione da sei a dodici anni» e la «multa da euro 24.000 ad euro 240.000», senza prevedere alcuna attenuante qualora ricorrano casi di minore gravita'.

Tale carenza normativa si ritiene contrasti con gli articoli 3 e 27, comma 1 e 3, della Costituzione.

Sotto il primo profilo, il trattamento sanzionatorio appare irragionevole e la sua eccessiva severita' e' incapace ad adattarsi alla varieta' delle situazioni concrete riconducibili al modello legale, impedendo così al giudice di adeguare la sanzione al caso concreto, mitigando la risposta punitiva, assai severa, in presenza di elementi oggettivi - relativi a mezzi, modalita' esecutive, grado di compressione della dignita' e del corretto sviluppo sessuale della vittima, condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima anche in relazione all'eta', occasionalita' o reiterazione delle condotte e consistenza del danno arrecato, anche in termini psichici - indicatori di una minore gravita' del fatto.

L'irrazionalita' della carenza normativa emerge poi dal confronto con le omogenee (dunque idonee alla comparazione) ipotesi delittuose di cui all'art. 609-bis e 609-quater c.p. che prevedono, rispettivamente al comma 3 per il «reato di violenza sessuale» e al comma 6 per il reato di «atti sessuali con minorenne», la specifica diminuzione, in misura non eccedente i due terzi, nei «casi di minore gravita'».

Sotto il secondo profilo, la norma viola i principi di personalita' della responsabilita' penale e della finalita' rieducativa della pena, sanciti rispettivamente dai commi primo e terzo dell'art. 27 della Costituzione dal momento che la sproporzione derivante dall'omissione censurata, da un lato, ostacola l'individualizzazione della pena, corollario del carattere

personale della responsabilita' penale, dall'altro, ne svisciva la funzione rieducativa posto che una pena sproporzionata rischia di venire percepita dal condannato come ingiusta.

La particolare severita' del trattamento sanzionatorio impedisce dunque di irrogare una pena proporzionata al caso concreto, al netto dell'eventuale applicazione delle circostanze attenuanti generiche, le quali, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, non sarebbero in ogni caso in grado di sanare il vulnus costituzionale insito nella comminatoria di una pena manifestamente eccessiva nel minimo; la loro funzione, invero, «e' quella di adeguare la misura della pena alla sussistenza di speciali indicatori (oggettivi o soggettivi) di un minor disvalore del fatto concreto all'esame del giudice rispetto alla gravita' ordinaria dei fatti riconducibili alla fattispecie base di reato; e non gia' quella di correggere l'eventuale sproporzione dei minimi edittali stabiliti dal legislatore rispetto a un fatto il cui disvalore sia conforme a quello che ordinariamente caratterizza la fattispecie criminosa» (cfr. sentenza n. 63/2022).

Il minimo edittale del reato di cui all'art. 600-ter comma 1 c.p., pertanto, e' talmente rigoroso da non poter essere ricondotto a legittimita' costituzionale se non attraverso l'operativita' di un'ulteriore e specifica attenuante, che consenta la riduzione della pena nei casi di minore gravita' del fatto.

Cio' a maggiore ragione a fronte della sostanziale impossibilita' per l'autore del reato di accedere al beneficio della sospensione condizionale della pena o alla sospensione dell'esecuzione della pena, ove pure il fatto-reato sia in concreto connotato da minore gravita'.

Analoghi iter argomentativi sono stati seguiti dalle sentenze (richiamate anche dal P.M. in sede di conclusioni) della Corte Costituzionale n. 244 del 2022 (relativa al cosiddetto sabotaggio militare, con la quale e' stata dichiarata l'illegittimita' costituzionale dell'art. 167 comma 1 del codice penale militare di pace, «nella parte in cui non prevede che la pena sia diminuita se il fatto di rendere temporaneamente inservibili, in tutto o in parte, navi, aeromobili, convogli, strade, stabilimenti, depositi o altre opere militari o adibite al servizio delle Forze armate dello Stato risulti, per la particolare tenuita' del danno causato, di lieve entita'»), n. 120 del 2023 (relativa al reato di estorsione, con la quale e' stata dichiarata l'illegittimita' costituzionale dell'art. 629 c.p. «nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata e' diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalita' o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuita' del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entita'») e n. 68 del 2012 (relativa al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, con la quale e' stata dichiarata l'illegittimita' costituzionale dell'art. 630. c.p. «nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata e' diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalita' o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuita' del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entita'»).

In definitiva, analogamente all'art. 630 c.p., all'art. 629 c.p. e all'art. 167 comma 1 del codice penale militare di pace, anche l'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p., includendo nel proprio ambito applicativo situazioni significativamente diverse sul piano del grado di offesa al bene

giuridico tutelato, richiederebbe la previsione di una «valvola di sicurezza» che consenta al giudice, in omaggio ai citati principi di ragionevolezza, individualizzazione e finalita' rieducativa della pena, di moderare la pena adeguandola al concreto disvalore del fatto.

L'estensione alla disposizione censurata della possibilita' di attenuazione «in misura non eccedente i due terzi» gia' prevista dagli articoli 609-bis comma 3 e 609-quater comma 6 c.p. per le omogenee figure criminose di violenza sessuale e atti sessuali con minorenni si presenta soluzione idonea a riparare il vulnus ensurato.

P.Q.M.

Visto l'art. 23 legge n. 87/1953;

Solleva, con riferimento agli articoli 3 e 27, comma 1 e 3, della Costituzione, questione di legittimita' costituzionale dell'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p. nella parte in cui non prevede l'attenuante del caso di minore gravita'.

Dispone la sospensione del giudizio e l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Dispone che la presente ordinanza, letta in udienza, sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Ai sensi dell'art. 52 del decreto legislativo n. 196/2003, si dispone che, in caso di riproduzione del presente provvedimento in qualsiasi forma, venga oscurata l'indicazione delle generalita' e di altri dati identificativi riferibili alle persone offese e all'imputato.

Bologna, 15 settembre 2023

Il Presidente: Di Bari

La giudice est.: Siena