



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

LUCIANA LA BANCA

Il caso Vogue. Libertà di espressione e tutela del minore: quale confine?

ABSTRACT - What are the limits that freedom of expression is required to observe? Are these only the limits precisely specified by the legislator? On the other hand, are there tacit limitations whose clear identification implies to overtake the legislative requirements and use hermeneutic criteria? The case Vogue Paris provides an opportunity to reflect on the difficulties raised by the definition of "child pornography" (article 600 ter cod. pen.), such as those situations that, although partially deviating from the normative paradigm, endanger the sexual freedom of minors. The line between freedom of press and children's rights violation cannot be drawn a priori and made unchangeable. Its determination requires the interpreter to carry out a delicate and cautious balancing of the interests involved, carefully focusing on the peculiarities of the specific case and the characteristics of legal system as a whole.

KEYWORDS - Freedom of expression, limitations, child pornography, interpretation, balancing.

Il caso Vogue. Libertà di espressione e tutela del minore: quale confine?

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *La vicenda. Delimitazione del piano del lavoro;* - 3. *Il substrato sociologico della pornografia;* - 4. *Problematicità della definizione;* - 5. *Libertà di espressione: ruolo del buon costume e limiti impliciti;* - 6. *La pornografia minorile nell'ordinamento giuridico italiano: la genesi dell'art. 600 ter cod. pen. e il ruolo ermeneutico della definizione legislativa;* - 7. *La disposizione penale: determinatezza della fattispecie e divieto di analogia;* - 8. *Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia: il nuovo articolo 414 bis cod. pen.;* - 9. *Libertà di manifestazione del pensiero e istigazione a delinquere: osservazioni conclusive.*

1. Premessa.

L'analisi, lungi dal rappresentare un momento di indagine e di comparazione con l'ordinamento giuridico francese, intende assumere la vicenda che ha avuto come protagonista la celeberrima rivista di moda, Vogue Paris, quale semplice accadimento storico per una riflessione sul labile confine sovente rinvenibile tra alcune forme di espressione artistica e la violazione dei diritti del minore.

Giovani modelle con un'età compresa tra sei e dieci anni sono state immortalate da Tom Ford in abiti succinti e pellicce leopardate, sepolte sotto il trucco, issate su centimetri di tacco e in pose palesemente ammiccanti. Le accuse rivolte dalle associazioni a tutela dell'infanzia e dai *media* alla rivista e ai soggetti che hanno avuto un ruolo attivo in questo episodio sono state di istigazione alla pedofilia e alla prostituzione minorile, e di pedopornografia.

· Dottoranda di ricerca in "Teoria Generale Del Diritto e Ordine Giuridico Europeo", Università "Magna Graecia" di Catanzaro

L'attitudine del diritto a riconoscersi nella realtà fattuale e l'influenza che la società e i costumi sono in grado di esercitare sul tessuto normativo fanno sì che un fenomeno idoneo a rispecchiare e condizionare la mutevolezza dei comportamenti del gruppo, quello della moda, possa essere studiato anche nelle sue implicazioni giuridiche.

Nel prosieguo della riflessione si cercherà di dar conto delle ragioni sociologiche della pedopornografia e di ricomporre il conflitto tra la libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa e la libertà individuale del minore quale sintesi di integrità psicofisica, morale e sociale, essenziale al naturale sviluppo della sua personalità.

2. La vicenda. Delimitazione del piano del lavoro.

«*Cadeaux*», questo il nome del servizio fotografico pubblicato su Vogue Paris nel dicembre del 2011.

Le sollecitazioni per l'interesse dell'opinione pubblica non sono state provocate da un semplice *shooting* per la pubblicizzazione di abiti e accessori per bambini, bensì da immagini per definire le quali è stata coniata sul *web* l'espressione "*pedocouture*", alludendo all'uso distorto delle rappresentazioni infantili cui spesso si assiste nel mondo della moda.

Si prescinderebbe in questa sede dallo sviluppo e dall'epilogo della vicenda in terra francese¹, ritenendo che la riflessione debba muovere dalle ragioni per le quali l'abbigliamento meretricio di una bambina possa essere considerato da una rivista come Vogue una scelta avanguardista e "alla moda".

La vicenda offre all'interprete l'occasione di interrogarsi in merito a un duplice ordine di questioni. Si tratterà, in primo luogo, di verificare la sussistenza e la natura dei limiti cui la libertà di espressione soggiace

¹ A partire da febbraio 2011 la direzione della rivista è stata affidata dal presidente di Condé Nast France, Xavier Romatet, a Emmanuelle Alt.

quando la fotografia sia destinata alla pubblicazione a mezzo stampa; successivamente, occorrerà indagare la latitudine del delitto di pornografia minorile e chiedersi se alcune forme di rappresentazione, pur non essendo perfettamente aderenti al paradigma normativo, possano parimenti godere della tutela accordata dall'ordinamento giuridico al minore o se, al contrario, la forzatura del dettato legislativo compiuta dall'operatore del caso concreto non rappresenti una ingiustificata e, conseguentemente, illegittima compressione di un diritto di rango costituzionale, quale quello riconosciuto dall'art. 21 della Carta fondamentale.

3. Il substrato sociologico della pornografia.

Un preliminare interrogativo deve porsi sul "tipo" di donna adulta proposto dalle passerelle e sul "modello" femminile generalmente accolto nel mondo della moda.

La circostanza che tra moda e prostituzione fosse caduto il diaframma del buon costume era già stata resa nota da *The New York Times*, allorquando il *Made in Italy* di Dolce e Gabbana fu tacciato di una volgarità tipica dei bordelli («*Italian fashion in the time of trollop*» titolava nel 2007)².

La migrazione di elementi dal mondo del meretricio a quello del *glamour* e, conseguentemente, «verso quegli attori sociali che fanno del seguire la moda una regola centrale del proprio orizzonte normativo di riferimento»³ rappresenta l'inevitabile effetto di un processo di graduale metamorfosi della sessualità.

² V. articolo *on line*: http://www.Nytimes.com/2007/02/22/fashion/shows/22DIARY.html?_r=0. Per alcune riflessioni concernenti la mobilità esistente tra il mondo della prostituzione e la cultura dominante, cfr. anche C. BARNAO, *Le prostitute vi precederanno. Inchiesta sul sesso a pagamento*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, 33-35.

³ C. BARNAO, *Nightclub e prostituzione. Tra conservazione e sperimentazione culturale*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2013, III, 487.

Il pubblico a cui Vogue si rivolge non è composto unicamente di addetti ai lavori, se volessimo così definire coloro i quali fanno della moda la propria professione. Il lettore medio di un simile giornale è, al contrario, una comune donna del nostro tempo che ha perso consapevolezza del proprio corpo e della sua potenzialità seduttiva, e che paga lo scotto della raggiunta emancipazione nella vita pubblica con un irreversibile affievolimento della femminilità nella vita privata.

Alla rivoluzione sessuale della nostra epoca una dottrina ha dedicato un apprezzabile lavoro di elaborazione sociologica allo scopo di definire il concetto di “sessualità duttile”⁴.

Nel grado di autonomia rispetto ai meccanismi della riproduzione è stato individuato il tratto distintivo della duttilità, la quale consente di giungere a due delle conquiste più interessanti della modernità: la relazione pura, intesa come rapporto tra uguali, e la rivendicazione del piacere fine a sé stesso da parte delle donne. La ricerca affannosa dell’emancipazione e della parità di diritti, accompagnandosi a un netto rifiuto del predominio maschile in ambito sessuale, ha segnato il declino di quella doppia morale emersa in occasione di alcuni studi condotti sull’istituto del divorzio in Inghilterra, dove un singolo atto di adulterio della donna era da ritenersi «un’infrazione imperdonabile alla legge della proprietà nonché alla nozione di discendenza ereditaria», contrariamente a quello del marito «giudicato come un increscioso ma comprensibile segno di debolezza»⁵.

L’affrancamento dell’erotismo dalle esigenze della riproduzione (si faccia attenzione alle molteplici forme riproduttive non precedute da un atto di natura sessuale), da un punto di vista biologico, e dalle idee

⁴ V. A. GIDDENS, *La trasformazione dell’intimità - Sessualità, amore ed erotismo nelle società moderne*, il Mulino, Bologna, 2013.

⁵ L. STONE, *Road to Divorce. England 1530-1987*, Oxford University Press, Oxford, 1990, 7.

di esclusività della relazione amorosa, dal punto di vista culturale, rappresenta uno degli aspetti più interessanti del postmodernismo⁶.

L'inflazione di episodi di prostituzione e pornografia costituisce l'altra faccia del cambiamento e di quella ridefinizione dei ruoli che ha travolto l'uomo moderno: quando lo stereotipo di donna docile e sottomessa si sgretola, egli cerca e trova nella prostituta un porto di quiete. L'uomo paga le prostitute «ancor prima che per una prestazione sessuale, per interpretare una recita in cui si comportino come vere donne, come quelle nostre di una volta»⁷. La prostituta, offrendo asservimento e adulazioni ancor prima del corpo, restituisce al "maschio" il predominio sessuale perduto e gli consente di ripristinare quella distinzione netta di posizioni grazie a una farsa congegnata *ad hoc*.

L'attenzione costante della pornografia verso alcune situazioni standardizzate caratterizzate dall'assoggettamento della donna avrebbe, dunque, "proprietà normalizzatrici"⁸ idonee a neutralizzare la sessualità femminile.

Definire la pornografia in termini puntuali e far chiarezza in merito alle innumerevoli forme di abuso e sfruttamento sessuale dei minori è compito arduo ed estremamente delicato, non potendo l'interprete in alcun modo prescindere dall'equo temperamento degli interessi dei soggetti coinvolti in simili fattispecie, dove il confine tra la sfera di operatività di libertà garantite da fonti del diritto nazionali e

⁶ Per una approfondita riflessione sul tema, cfr. Z. BAUMAN, *Gli usi postmoderni del sesso*, il Mulino, Bologna, 2013. Il sociologo ritiene che l'erotismo postmoderno sia scevro da ogni vincolo e ne individua il tratto distintivo nell'attitudine a combinarsi con qualsiasi emozione e attività umana: un significante che si nutre di molteplici significati per risolversi, in definitiva, in quell'unico obiettivo rappresentato dal raggiungimento del piacere.

⁷ C. BARNAO, *Nightclub e prostituzione*, cit., 489.

⁸ A. GIDDENS, *La trasformazione dell'intimità*, cit., 132.

sovrnazionali, come la libertà di espressione e la libertà personale, e la sfera del penalmente rilevante diventa talvolta evanescente.

4. Problematicità della definizione.

La complessità dell'attività definitoria si pone quale elemento comune alla riflessione giuridica e a quella sociologica, giacché l'intrinseca relatività del concetto di "porno" ostacola una compiuta e puntuale sistemazione della materia.

Il rimprovero che è possibile muovere a illustri studiosi consisterebbe, secondo parte della dottrina, nell'aver fornito delle definizioni di pornografia ree di occultare l'attuale diversità di forma che la stessa può assumere, essendo, all'opposto, le caratteristiche del porno essenzialmente due: varietà e variabilità.

Le definizioni dominanti trattano la pornografia come materiale esplicito, idoneo a eccitare, legato a rappresentazioni sessuali e, tuttavia, nessuna di queste caratteristiche può essere ritenuta una proprietà necessaria di tutta la pornografia, dipendendo ogni significato dal contesto in cui la definizione si trova a spiegare i propri effetti. Alla luce di queste considerazioni, è opportuno affermare che una qualsiasi immagine può essere considerata pornografica, nonostante l'intento sotteso alla sua iniziale produzione, in relazione al luogo e al tempo della ricezione e della fruizione.

L'applicazione di questi argomenti al campo dell'estetica allo scopo di tracciare la linea di confine tra la categoria pseudo nobile dell'arte erotica e quella più spregevole del porno conduce, in definitiva, alle medesime conclusioni. Ogni sforzo teso alla "chiusura del concetto" finisce col precludere all'arte il tratto dell'originalità e col determinare un appiattimento di quella diversità di forma che, invece, ne rivela l'unicità.

Un *open concept* assurgerebbe a unica strada percorribile nell'argomentazione sociologica: le non manifeste proprietà dell'arte,

l'astratta neutralità e l'attitudine a riempirsi di significati sempre nuovi e diversi alla luce dei mutevoli contesti storico-fattuali ne plasmano l'essenza⁹.

Se volessimo fornire un'approssimativa risposta al quesito di partenza su quale sia la ragione di un simile interesse del mondo del *fashion* nei confronti della sessualità, potremmo limitarci, allo stato, a condividere quel pensiero in base al quale «la sessualità genera piacere e il piacere, o almeno la promessa di esso, costituisce un meccanismo per vendere beni nella società capitalista»¹⁰.

Ci soffermeremo ora sulla ragione giustificatrice della pedopornografia e, applicando alla nostra argomentazione le chiavi di lettura appena proposte, tenteremo di ricostruire il messaggio subliminale nascosto tra le pagine patinate di Vogue.

La pubblicità si rivolgerebbe, secondo questo ordine di idee, a lettrici adulte prevalentemente occidentali, poste dinnanzi al problema dell'alienazione emotiva del partner e del nutrito apprezzamento nei riguardi di un preciso paradigma di donna (trattasi, nel dettaglio, di quelle donne in grado di vivere con naturalezza l'atto dell'asservimento all'uomo). La scelta di pubblicizzare un *brand* di lusso servendosi di bambine e abbigliandole da prostitute, profittando di un processo mentale di "infantilizzazione" dell'adulta, ben si armonizza con le dinamiche edonistiche cui poco prima si accennava: se la donna vuole emulare la prostituta e preservare la giovinezza all'esclusivo scopo di piacere e recuperare quella sfera di intimità e vicinanza affettiva con il proprio compagno, la moda strumentalizza l'immagine di baby modelle che sembrano prostitute, quasi che l'acquisto degli abiti così

⁹ Al fine di comprendere le ragioni che ostano a una esatta qualificazione della pornografia in ambito sociologico, cfr. D. ANDREWS, *Toward a more valid definition of "pornography"*, in *The Journal of Popular Culture*, 2012, III, 457-477.

¹⁰ A. GIDDENS, *La trasformazione dell'intimità*, cit., 188.

pubblicizzati da parte delle adulte possa giovare al raggiungimento dello scopo.

La figura di adulta bambina appena delineata (“*the kidult*”) è paradigmatica di quel processo di involuzione psicologica e comportamentale incentivato dal mercato attraverso la pubblicizzazione di indumenti che soltanto in apparenza sono destinati a vestire le bambine e di cui fruiranno, in realtà e con notevole probabilità, le non più giovanissime¹¹.

5. Libertà di espressione: ruolo del buon costume e limiti impliciti.

Carine Roitfeld, storica e ormai ex caporedattrice di Vogue Paris, cercando di difendere il proprio operato e quello del direttore artistico Tom Ford dalle critiche mosse alla rivista, ebbe a specificare come lo scopo del servizio non fosse quello che ci siamo finora sforzati di ricostruire avvalendoci del contributo offerto dalla letteratura sociologica, bensì quello di denunciare una società rea di imporre dei meccanismi di omologazione inadatti alle bambine e di sensibilizzare l’opinione pubblica sull’innocenza svanita delle nuove generazioni e sui *diktat* della moda che richiede alle donne bellezza e perfezione già nei primi anni di vita.

Tralascieremo in questa sede valutazioni in ordine alla fondatezza e all’autenticità delle spiegazioni addotte, mettendo in luce le contraddizioni annidate in una pur diversa ricostruzione della vicenda. Stante l’ampiezza e l’apparente onnicomprensività della formulazione dell’art. 21 della Costituzione¹², si tratta di capire se e in che misura

¹¹ Per il concetto di “*kidult*” e quello di “infantilizzazione” dell’adulto, v. J. BERNARDINI, *The infantilization of postmodern adult and the figure of kidult*, in *Postmodern Openings*, 2014, V, 41 ss.

¹² Nel panorama europeo, l’art. 10 della Cedu stabilisce che: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà d’espressione. Tale diritto include la libertà d’opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non

riviste di moda della diffusione di Vogue possano avvalersi dello strumento fotografico allo scopo di veicolare un monito che, in ogni caso, involge la libertà sessuale delle bambine immortalate.

Il fatto che la libertà di manifestazione del pensiero tramite la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione sia stata definita dalla Corte costituzionale «pietra angolare dell'ordine democratico»¹³ concorre a evidenziare la centralità che gli ordinamenti democratici hanno voluto riservare alla libertà in esame, facendola assurgere a presupposto di numerosi altri istituti (immediato il collegamento con l'art. 33 della stessa Costituzione dove la libertà dell'arte e della scienza e del relativo insegnamento si pongono quale corollario dell'art. 21).

La riflessione sulla polisemia della libertà di espressione può essere d'ausilio all'opera di enucleazione dei limiti ai quali sottoporre

impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario". Non diversamente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede che: "1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

¹³ Corte cost., 2 aprile 1969, n. 84, in *Giur. cost.*, 1969, 1175 ss. La Corte costituzionale si è espressa nei medesimi termini in molteplici altre occasioni, sostenendo che la libertà di manifestazione del pensiero è, tra le libertà fondamentali riconosciute dalla Carta costituzionale, una di quelle meglio caratterizzanti la nostra forma di Stato (v. Corte cost., 4 febbraio 1965, n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, 61 ss.) e rinvenendo in essa il «cardine del regime di democrazia garantito dalla Costituzione» (v. anche Corte cost., 22 gennaio 1981, n. 1, in *Giur. cost.*, 1981, 3 ss.).

determinate forme di comunicazione, al di là di quelli espliciti individuati dalla Costituzione stessa.

Una simile operazione richiede, primariamente, uno sguardo all'oggetto della tutela. A venire in rilievo non è soltanto la dimensione individuale del diritto nei termini della relazione Stato-singolo titolare della situazione giuridica, ma anche la posizione di un terzo soggetto, destinatario delle altrui manifestazioni di pensiero, il quale, inserendosi in questo rapporto, lo rende più articolato. Il riferimento a un "impianto costituzionale complesso", nel quale si collocano l'art. 21 e tutte le altre specificazioni del principio di cui al comma 2 dell'art. 3 della Carta fondamentale, è da intendersi quale argomento in favore di una ricostruzione della libertà in esame non solo nei termini del diritto pubblico subiettivo, ma anche quale strumento di partecipazione e costruzione del nuovo sistema democratico¹⁴.

Nonostante il tentativo di una minoritaria dottrina di configurare in capo a chi riceve l'informazione un diritto soggettivo privilegiato rispetto al diritto di chi l'informazione in questione la trasmette, le osservazioni appena svolte ci inducono a ritenere che si tratti di posizioni giuridiche simmetriche e ugualmente meritevoli di protezione nella prospettiva costituzionale.

La circostanza che l'ultimo comma dell'art. 21 individui nel buon costume un limite esplicito alla libertà di manifestazione del pensiero sembra confermare questa lettura.

La scelta di realizzare un servizio fotografico avente le caratteristiche che fino a questo momento si è cercato di tratteggiare non tiene nella giusta considerazione un dato imprescindibile: per quanto relativo e storicamente condizionato possa essere il contenuto di una clausola generale come quella del buon costume, la dottrina prevalente, in

¹⁴ V. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 363-365.

armonia con l'orientamento penalistico, è concorde nel ricondurla nell'alveo del comune senso del pudore e della morale sessuale¹⁵.

A questo orientamento si potrebbe, tuttavia, muovere una contestazione basata su una presunta inoperatività del limite del buon costume nel caso di specie. Secondo questa diversa e pur astrattamente possibile ricostruzione, la decisione di offrire uno "spunto" di riflessione ai consociati mediante la pubblicazione dello *shooting* su Vogue France si inserisce in un ambito all'interno del quale le maglie della tutela si dilatano sensibilmente: quello dell'arte. Se, infatti, «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento» secondo quanto disposto dall'art. 33 della Costituzione, la volontà di lanciare un messaggio avvalendosi della fotografia, pacificamente ritenuta una forma di espressione artistica, verrebbe a godere di una più ampia copertura costituzionale.

Stante la non giuridicità dei concetti appena menzionati e nonostante la dottrina abbia voluto accogliere una nozione lata di arte e di prodotto artistico a causa delle difficoltà connesse a una definizione più precisa, non sembra condivisibile la posizione di chi volesse legittimare simili manifestazioni in forza del più generale principio di libertà artistica.

L'astratta inapplicabilità del limite del buon costume alle forme di espressione artistica, esplicitamente previsto, invece, in relazione alla

¹⁵ Sulla rilevanza collettiva del concetto di buon costume, si veda Corte cost., 9 luglio 1992, n. 368, in *Giur. cost.*, 1992, 2935 ss. Il giudice delle leggi, respingendo la tesi in forza della quale poter risolvere il buon costume in un «mero valore di libertà individuale» o in uno strumento atto ad assicurare la «convivenza fra le libertà di più individui», si è pronunciato in favore di un «un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)».

libertà di pensiero *tout court*, non giustifica l'assoluta arbitrarietà dell'arte e la totale assenza di vincoli e restrizioni.

La Corte costituzionale ha affermato che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto»¹⁶ e che le posizioni giuridiche dei diversi soggetti coinvolti devono necessariamente contemperarsi perché si possa mantenere un'ordinata convivenza civile.

Accanto al limite esplicito del buon costume, la libertà di pensiero incontrerebbe limiti ulteriori, implicitamente rinvenibili nella Carta costituzionale a tutela di beni giuridici che, pur non essendo contemplati espressamente, risultano parimenti meritevoli di salvaguardia. Il bene da proteggere deve, in ogni caso, essere di tale rilevanza da giustificare la compressione della libertà di manifestazione del pensiero¹⁷.

Le stesse forme di espressione artistica per essere considerate tali non possono sfociare nella «lesione di beni e interessi costituzionalmente rilevanti dei soggetti coinvolti», specie quando si tratti, come nell'episodio di cui ci stiamo occupando, di minori, «i quali vedrebbero esposta la loro personalità, ancora in formazione, a forme di rappresentazione inopportune per il grado di maturità raggiunto e, comunque, consigliate a un pubblico adulto»¹⁸.

Il confine tra libera manifestazione di un pensiero e sfera del penalmente rilevante diventa estremamente labile nel momento in cui si viene a considerare la bambina vestita da prostituta, anziché la fotografia, quale veicolo di un messaggio rivolto alla società.

Il legislatore, in simili circostanze, sarà dunque chiamato a svolgere una delicata operazione di bilanciamento degli interessi astrattamente in conflitto allo scopo di appurare la prevalenza di uno di essi. La

¹⁶ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, 1 ss.

¹⁷ Corte cost., 24 gennaio 1974, n. 20, in *Giur. cost.*, 1974, 73 ss.

¹⁸ G. FONTANA, *Art. 33 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, 2006, 680.

necessaria ragionevolezza dei criteri adoperati e della scelta concretamente effettuata, sindacabile in sede di legittimità costituzionale, implica un'attenzione particolareggiata nei confronti dell'interesse soccombente in occasione della valutazione legislativa, di modo che, come ha precisato la Corte costituzionale, quest'ultimo non venga completamente snaturato e non ne sia totalmente inibito l'esercizio¹⁹.

L'impossibilità di redigere aprioristicamente un "inventario" di principi in posizione di egemonia rispetto ad altri e la mancanza di un *iter*, per così dire, obbligato nelle operazioni atte a contemperare diritti e valori cui la Costituzione riconosce rilievo²⁰ saranno dati imprescindibili nelle considerazioni che stanno per seguire.

6. La pornografia minorile nell'ordinamento giuridico italiano: la genesi dell'art. 600 ter cod. pen. e il ruolo ermeneutico della definizione legislativa.

A questo punto dell'analisi sono doverose alcune precisazioni in ordine alla posizione assunta dal nostro legislatore in materia di pedopornografia e di sfruttamento dell'immagine infantile.

La definizione dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice in oggetto risulta tutt'altro che agevole per ragioni ascrivibili sia alla particolarità degli interessi coinvolti sia alla contingenza di determinati fenomeni di rilevanza tanto sociologica quanto giuridica.

L'attuale disciplina prevista per il reato di pornografia minorile è il frutto di una stratificazione normativa innestatasi sulla regolamentazione originaria²¹, la quale si era resa necessaria allo scopo

¹⁹ Cfr. Corte cost., ord. 4 aprile 1974, n. 106, in *Giur. cost.*, 1974, 759 ss.

²⁰ In questo senso, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II (2008) 185 ss.

²¹ Il riferimento è alla disciplina introdotta dalla legge 3 agosto 1998, n. 269 recante "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù". Le

di dare attuazione agli impegni internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989.

La risposta legislativa all'obbligo imposto dalla Convenzione agli Stati firmatari (salvaguardare i fanciulli dalle molteplici forme di abuso e sfruttamento di natura sessuale) è rappresentata dall'introduzione nel codice penale di ulteriori figure di reato²², le quali vengono a essere significativamente collocate dopo l'art. 600 rubricato "Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù". La topografia codicistica è sintomatica del particolare obiettivo perseguito dal legislatore, il quale, all'atto di contrastare mediante le nuove norme una serie di condotte *lato sensu* abusive, ha inteso considerarle quali moderne forme di schiavitù.

L'estrema delicatezza del bene giuridico da proteggere ha indotto il legislatore non solo a predisporre un trattamento sanzionatorio particolarmente severo²³, ma anche ad apprestare una tutela penale

novellae più significative alla prima formulazione dell'art. 600 *ter* c.p. sono state apportate dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38 (Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet) e dalla legge 1 ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, firmata a Lanzarote nel 2007).

²² La legge n. 296 del 1998 ha inserito nuove fattispecie delittuose nel titolo XII del codice penale dedicato alla tutela della persona in generale e, specificamente, nella sezione I del capo III concernente i reati contro la personalità individuale. V. artt. 600 *bis* (Prostituzione minorile), 600 *quater* (Detenzione di materiale pornografico), 600 *quinquies* (Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile).

²³ L'art. 600 *ter* c.p. (commi 1-6) dispone che: "È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque:

- 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;
- 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto.

anticipata della libertà sessuale del minore, «reprimendo quei comportamenti prodromici che, anche se non necessariamente a fini di lucro, ne mettono a repentaglio il libero sviluppo personale con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia»²⁴. Questa esigenza di anticipazione della tutela si è concretata nella costruzione di un reato di pericolo, in forza del quale a essere sanzionate saranno anche quelle condotte idonee a porsi quali semplici minacce per il godimento e per l'esistenza del bene, senza che rilevi l'effettiva compromissione dello stesso (l'offesa reprimenda assume la forma della lesione potenziale).

Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164.

Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000”.

Il legislatore ha altresì provveduto all'introduzione di un catalogo di circostanze aggravanti con la legge 2 luglio 2010, n. 108 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, conclusa a Varsavia nel 2005, e norme di adeguamento interno). V., a riguardo, l'art. 602 *ter* c.p.

²⁴ Cass. pen. Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13. V. anche Cass. pen., 16 febbraio 2005, n. 5774.

È utile, ai nostri fini, sottolineare come il reato di pedopornografia si atteggi a reato di pericolo concreto, motivo per il quale la condotta penalmente illecita sarà quella implicante un pericolo reale di diffusione del materiale realizzato, rimanendo estranee alla fattispecie tutte le ipotesi di produzioni realizzate per ragioni di affetto, pur perverso, e comunque destinate a restare nella sfera strettamente privata dell'autore²⁵.

Risulta oltremodo difficile sostenere, sulla base dei criteri appena enunciati, che le fotografie apparse su Vogue non rientrino nel novero delle rappresentazioni lesive della personalità del minore, essendo l'idoneità a diffondere rapidamente e largamente notizie e pensieri caratteristica connaturata alla nozione stessa di stampa.

I parametri ai quali rifarsi per escludere, eventualmente, il carattere pornografico delle istantanee di cui ci stiamo occupando devono, evidentemente, ricercarsi altrove.

Alla legge n. 172 del 2012 è stato riconosciuto il “merito” di aver fugato i dubbi esistenti fino a quella data sull'epiteto “pornografico” che accompagnava, senza precisazioni di alcun tipo, sostantivi come “esibizioni”, “spettacoli” o “materiale”, presenti nel testo di legge. Prima che la suddetta legge introducesse nell'art. 600 *ter* il settimo comma, l'extragiuridicità dei criteri cui gli interpreti dovevano ricorrere per attribuire a questo elemento della fattispecie il significato che maggiormente si attagliasse alle intenzioni del legislatore fu alla base di molteplici fraintendimenti, primo tra tutti quello di considerare “pornografico” quale sinonimo di “osceno”. È sufficiente, allo stato della riflessione, mettere in luce come la sovrapposizione dei due concetti contrastasse con la *ratio* sottesa all'art. 528 c.p.²⁶. Scopo

²⁵ V. Cass. pen., 3 marzo 2010, n. 8285.

²⁶ Il reato di pubblicazioni e spettacoli osceni è stato depenalizzato ad opera del d. lg. n. 8 del 15 gennaio 2016, con decorrenza dal 2 febbraio 2016. Il testo dell'attuale art. 528. c.p. così dispone: “Chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione

della norma in esso contenuta risulta essere quello di salvaguardare un bene superindividuale facente capo alla generalità dei consociati, diverso dalla libertà personale e sessuale della singola persona fisica: quel comune modo di sentire proprio della sfera intima e sessuale che, per tradizioni, educazione e cultura, gli individui di normale statura intellettuale, morale e sociale tendono a corredare di un certo grado di riservatezza²⁷.

Esclusa l'identificabilità delle nozioni di "pornografia" e di "oscenità", non ci soffermeremo, in questa sede, sulle risalenti oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza circa l'elemento da valorizzare nella selezione di ciò che fosse da ritenere pornografico²⁸. Si guarderà, invece, al settimo comma dell'art. 600 *ter* c.p. per comprendere la strada imboccata dal legislatore allo scopo di ricomporre il conflitto e

ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini o altri oggetti osceni di qualsiasi specie, è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000.

Alla stessa sanzione soggiace chi fa commercio, anche se clandestino, degli oggetti indicati nella disposizione precedente, ovvero li distribuisce o espone pubblicamente.

Si applicano la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa non inferiore a euro 103 a chi:

1. adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo;
2. dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità".

²⁷ V. Cass. pen., 02 luglio 2004, n. 37395; Cass. pen., 15 gennaio 1986, n. 1780. Cfr. anche J. LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette di contenuto pornografico*, in *Giur. it.*, 1993, I, sez. 1, 1162 ss.

²⁸ Per la quale v. E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Art. 600 ter*, in *Codice penale commentato*, II, 2015, 239-242; v. anche A. PECCIOLI, *Quesiti - Un ulteriore intervento a tutela dei minori (I parte) - La riforma dei reati di prostituzione minorile e di pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, II, 137 ss.

di allinearsi ai parametri del diritto comunitario relativamente a determinatezza e tassatività della fattispecie penale²⁹.

«Ai fini del presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, 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». Alla luce di questa esplicitazione, la quale ha certamente il pregio di consentire di ampliare la fattispecie incriminatrice al punto di ricomprendervi tanto le rappresentazioni di amplessi sessuali quanto quelle di organi genitali di minori allo scopo di suscitare impulsi di natura erotica nel fruitore delle stesse, è possibile sostenere la pornograficità delle foto apparse su Vogue?

Le fotografie alle quali abbiamo fatto riferimento per condurre la nostra indagine sembrerebbero prive dei requisiti indispensabili a integrare il reato di pedopornografia. Le bambine protagoniste del servizio non risultano coinvolte in attività sessualmente esplicite e le istantanee menzionate non paiono esporre al pubblico alcun tipo di nudità. La situazione che si materializza sotto gli occhi del lettore di Vogue può essere riassunta in questi termini: baby modelle visibilmente costrette in abiti inappropriati alla loro giovane età.

Il dato che più colpisce e sul quale occorre concentrare l'attenzione è costituito dalle pose e dagli atteggiamenti delle indossatrici. L'immagine della bambina con il dito tra i denti, al pari di quella che gioca con sguardo malizioso agitando uno spazzolino nella bocca e delle molteplici altre, solleva, verificata l'astratta non riconducibilità delle situazioni in esame agli schemi della pornografia *stricto sensu*, non poche perplessità in ordine alla sufficienza e all'adeguatezza della

²⁹ Sul problema dell'indeterminatezza dell'art. 600 *ter*, cfr. A. SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di «pornografia»: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, VIII, 973 ss.

tutela apprestata alla libertà personale e sessuale dei minori in ipotesi siffatte.

Ci si chiede se e fino a che punto l'interprete sia chiamato a svolgere un'opera di interpolazione normativa che, andando oltre il dato precipuamente letterale, consenta di adeguare il testo di legge alle mutevoli esigenze del tessuto sociale e di rileggere la norma tenendo conto dei principi fondanti l'ordinamento.

Sul fatto che le definizioni legislative debbano essere intrinsecamente coerenti con la disciplina nella quale si inseriscono, oltre che con il significato che alle stesse viene attribuito altrove nel sistema complessivamente considerato, sembra potersi concordare. Al di là delle questioni definitorie, è la stessa Costituzione ad aver imposto un processo di adattamento delle antiche regole esegetiche e il contestuale superamento dell'interpretazione meramente letterale e della tecnica dell'automatica sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta³⁰.

Appare evidente che la ragione giustificatrice del reato di pedopornografia e delle modifiche successivamente apportate sia quella di prevenire e contenere gli episodi di sfruttamento sessuale dei bambini, di salvaguardare il naturale sviluppo della loro personalità e la graduale formazione della sessualità.

La «verifica della congruità della norma rispetto al suo fine e alle "ragioni" dell'ordinamento nel suo complesso»³¹ non può non tener conto del ruolo che la Costituzione assegna al valore della persona

³⁰ Sulla necessità di un'interpretazione delle norme ordinarie «logico- sistematica e teleologico- assiologica, cioè finalizzata all'attuazione dei valori costituzionali», cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 581 ss. V. anche N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, 76; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1971; E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1972, 227 ss.

³¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 540 ss.

umana, in generale, e alla tutela dell'infanzia e della gioventù, nello specifico (art. 31, comma 2).

Il perseguimento del bene supremo del minore, dovendo guidare tutte le operazioni volte a dilatare l'ambito di operatività della norma allo scopo di assicurare la massima armonizzazione dei singoli segmenti di cui si compone l'ordinamento, deve, al contempo, confrontarsi con le peculiarità connesse al tipo di norma di cui ci stiamo occupando, quella penale, e con i limiti che l'interpretazione analogica incontra in relazione alla stessa.

7. La disposizione penale: determinatezza della fattispecie e divieto di analogia.

Il problema dell'applicabilità della norma penale a fattispecie che, pur presentando delle similitudini con quelle espressamente disciplinate, non siano immediatamente e agevolmente sussumibili nella fattispecie astratta sottende, come è noto, una serie di questioni di ordine generale riconducibili all'antico brocardo "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

La determinatezza dell'incriminazione, cui precedentemente si è fatto riferimento al fine di chiarire la ragione che ha mosso il legislatore alla *novella* del 2012, rappresenta uno dei molteplici significati che informa il più articolato discorso sul principio di legalità³².

³² Sarà agevole comprendere la portata "superlegislativa" del principio di legalità guardando al riconoscimento che ne viene effettuato a livello costituzionale e sovranazionale. L'art. 25 Cost., comma 2, stabilisce che "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". A livello europeo, l'art. 7 della Cedu prevede che "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso", aggiungendo che "Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al

La necessità di riservare al legislatore il compito di fare delle scelte precise in ordine alle condotte da investire di rilevanza penale mira a «non farne scivolare il peso pratico sul giudice, ciò che si verifica invece quando la norma emanata consente alla magistratura una gamma applicativa molto vasta e un campo di intervento eccessivo»³³. Le ragioni per le quali si ritiene che lo strumento legislativo sia quello meglio idoneo ad arginare gli arbitri, garantendo opportunamente la libertà degli individui, sono state individuate da una certa dottrina³⁴

momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generale di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”. In tal senso dispongono anche l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, alla quale il Trattato di Lisbona ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati e, per ciò che concerne le fonti internazionali, l’art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

³³ M. ROMANO, G. GRASSO, *Art. 1 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, 2012, 42. È’ appena il caso di sottolineare come scopo della determinatezza non sia quello di garantire la fedeltà del cittadino all’organo che lo rappresenta e il rispetto del principio di separazione dei poteri. Essa involge valori di altra natura, quali la certezza del diritto e la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni. In questo senso, G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, il Mulino, Bologna, 2016.

³⁴ Per la scrupolosa ricognizione si veda G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, cit., dove si osserva che: «Per quanto riguarda la legalità penale vista nella prospettiva della legge come atto, la legge è la fonte del diritto che: a) tipicamente, formula norme generali e astratte; beninteso, l’aver carattere generale e astratto non è una caratteristica definitoria e indefettibile della “legge”; tuttavia, è significativo come la produzione di leggi prive di questa caratteristica – leggi-provvedimento, leggine... – sia solitamente considerata come una distorsione dello strumento legislativo: la legge generale e astratta è il caso centrale, paradigmatico, di “legge”; b) è soggetta ad un meccanismo ufficiale di pubblicazione, e dunque si presume accessibile e conoscibile da parte dei destinatari; c) è relativamente stabile nel tempo (stabilità che viene poi ulteriormente esaltata – insieme ad una ancora maggiore accessibilità del testo normativo – in quella specifica forma di legislazione che è il codice); d) è soggetta al controllo di legittimità costituzionale, il che dovrebbe garantire che eventuali abusi dello strumento legislativo a fronte dei principi costituzionali rilevanti potranno essere fatti valere davanti ad una apposita istituzione di garanzia. Per quanto

nelle caratteristiche proprie della legge, sia in qualità di fonte del diritto sia in quanto risultato di un certo procedimento.

È chiaro, però, che quando la legge si occupa della tutela di beni “impalpabili”, come la libertà sessuale dei minori o il comune senso del pudore, il rischio di non raggiungere quella soglia di sufficiente specificazione normativa si acuisce. Considerato, in aggiunta, il condizionamento che su certe situazioni meritevoli di essere recepite a livello dell’esperienza giuridica è in grado di esercitare il fenomeno sociale, appare sempre più frequente la scelta del legislatore di non

riguarda la legalità penale vista nella prospettiva della legge in quanto esito di un particolare procedimento, si nota comunemente che: e) la legge è prodotta dal Parlamento quale organo rappresentativo dell’intero “popolo” (diversamente dall’esecutivo, che ha normalmente una colorazione politica più specifica e “di parte”), e pertanto è la fonte maggiormente dotata di ampia legittimazione democratica; f) inoltre, è probabile che – proprio in quanto proveniente dall’organo maggiormente rappresentativo – la legge sia prodotta in considerazione dell’interesse generale, e che dunque si ricorra allo strumento penale solo per tutelare beni la cui importanza è avvertita in maniera sufficientemente condivisa all’interno del contesto sociale di riferimento; g) (in stretta correlazione a quanto appena visto) la procedura di formazione della legge prevede la possibilità di una dialettica tra maggioranza e minoranza parlamentare, e quindi la possibilità da parte delle opposizioni di condizionare le scelte legislative in materia penale in modo che tali scelte risultino maggiormente ponderate, inclusive, condivise, o quantomeno la possibilità di denunciare pubblicamente, dentro e fuori dal Parlamento, eventuali abusi del ricorso allo strumento penale da parte della maggioranza. Si potrebbe dire che mentre nel punto e) il carattere democratico della legge è “in input” ed è presente quasi per definizione, perché la legge proviene dall’organo democraticamente eletto (salvo verificare, passando dal piano delle definizioni a quello della realtà, quanto i cittadini sentano effettivamente la legittimazione democratica e il carattere rappresentativo del Parlamento), nei punti f) e g) la democraticità è “in output” ed è solo eventuale, perché dipende da quanto effettivamente le specifiche scelte di criminalizzazione corrispondano all’interesse pubblico e siano ampiamente condivise in Parlamento e nella società; h) i lavori parlamentari sono tendenzialmente pubblici, cosa che permette un controllo dell’opinione pubblica sulle scelte di criminalizzazione già nel momento del loro farsi».

individuare rigorosamente il fatto, preferendo descrizioni sommarie o espressioni meramente orientative, e di utilizzare concetti extragiuridici nella predisposizione degli enunciati normativi³⁵.

L'impiego di formulazioni di ampio respiro e il ricorso a clausole generali non sollevano l'interprete, chiamato alla concreta applicazione della norma, dal rispetto dei divieti fissati per l'attività ermeneutica di matrice penalistica, primo fra tutti quello concernente l'*argumentum ad simile*.

Non sembra questo il contesto per approfondire la riflessione sulla effettiva lacunosità dell'ordinamento e sulla funzione assolta dal ragionamento analogico allo scopo di garantirne coerenza e completezza³⁶, ragione per la quale sarà sufficiente dire che la dicotomia interpretazione estensiva-interpretazione analogica ha ragion d'essere in relazione a leggi penali *odiosae* in quanto sia l'art. 1 c.p. sia l'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile depongono in questo senso. Se è vero che il magistrato non può sottrarsi alla decisione del caso sottoposto alla sua attenzione, è altresì vero che la risoluzione dello stesso non può tradursi in un'applicazione delle norme penali «oltre i casi e i tempi in esse considerati».

L'attitudine della legge a soggiacere alle logiche dell'analogia, «legittima quando il caso non espresso è simile a quello espresso in ciò che costituisce la ragione espressa dell'attribuzione al caso espresso di quella determinata regolamentazione la cui estensione appunto è in

³⁵ La Corte costituzionale ha manifestato un atteggiamento cauto nelle dichiarazioni di incostituzionalità delle norme penali per possibile violazione del principio di legalità. In particolare, ha escluso l'equipollenza dei concetti di tassatività e di descrittività: cfr. Corte cost., 27 giugno 1975, n. 188, in *Giur. cost.*, 1975, 1508 ss.

³⁶ Per una compiuta analisi della tematica, v. L. CAIANI, *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1958, 348 ss.; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur.* Treccani, 1990, 1 ss.; G. CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur.* Treccani, 1990, 1 ss.; G. VENZI, *Analogia*, in *Nuovo dig. it.*, 1937, 431 ss.; N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, 601 ss.

discussione»³⁷, perde il suo valido fondamento giustificativo allorquando la stessa possa tradursi in una negazione del principio della certezza del diritto e in una compressione delle garanzie del cittadino al quale deve essere sempre consentito di saper con sicurezza quale delle sue condotte sia tale da integrare gli estremi dell'illecito penale³⁸.

Quando si tratta di irrogare una pena detentiva a situazioni simili ma non identiche a quelle per le quali la sanzione è prevista, il ricorso all'analogia, normalmente strumentale all'attuazione di principi generali (nel nostro discorso, l'inviolabilità della libertà sessuale del minore) in chiave di armonizzazione dell'ordinamento, rischia di sfociare in una contraddizione del sistema.

Il fatto che ipotesi come quelle attualmente alla nostra attenzione non permettano, in ossequio al *favor libertatis*, operazioni ermeneutiche "creative" non esclude l'eventualità di un'interpretazione estensiva, posto che non risulta sempre rintracciabile la linea di demarcazione tra questi due modi dell'argomentazione giuridica. Come infatti è stato autorevolmente messo in luce³⁹, talvolta il confine tra interpretazione estensiva e interpretazione analogica viene disatteso e, frequentemente, si realizzano delle intrusioni dell'argomento analogico in attività interpretative che dovrebbero essere soltanto di natura estensiva, allo scopo di arginare i rischi di una formulazione e applicazione legislativa troppo rigida e, sovente, anacronistica.

³⁷ N. BOBBIO, *Analogia, cit.*, 603.

³⁸ Sulla strumentalità della conoscibilità della legge penale rispetto all'autodeterminazione dei singoli e alle basilari esigenze di civiltà, cfr. F. C. PALAZZO, *Ancora sulla legalità in materia penale (Storicità e universalità di un principio)*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n.5. Seminario 1994*, 1995, 59-81. V. anche M. A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1998.

³⁹ N. BOBBIO, *Analogia, cit.*, 606.

In relazione allo scandalo Vogue, ci si domanda se l'applicazione della norma contenuta nell'art. 600 *ter* a comportamenti che si traducono in un'alterazione della naturale personalità infantile e adolescenziale mediante l'imposizione di espressioni e movenze prive di un qualche gusto estetico e più indicate a una diversa fascia anagrafica e sociale possa rappresentare l'epilogo di un *iter* ermeneutico di tipo estensivo o se, all'opposto, non si tratti di un tentativo di aggirare gli obblighi di legge in chiave marcatamente repressiva.

A nostro avviso, sembra doversi propendere per quest'ultima soluzione dal momento che la disciplina della pedopornografia, di per sé articolata secondo le strutture del reato di pericolo, rischierebbe, una volta ricondotta alle fattispecie in discussione, di concretare un'ulteriore e più incisiva anticipazione della tutela penale e un eccessivo allontanamento della sanzione irrogata dall'effettiva lesione del bene giuridico protetto, confliggente con i principi di offensività e colpevolezza quali autentiche specificazioni del principio di legalità.

Come precedentemente accennato, è il legislatore a essere chiamato al primo contemperamento dei valori ascrivibili ai diversi soggetti coinvolti nella fattispecie che si accinge a delineare, essendo tenuto a procedere nella prospettiva di salvaguardare il nucleo sostanziale di tutti i diritti fondamentali in gioco. Non solo. Accanto al criterio della "sufficienza" del grado di tutela che deve, in ogni caso, essere accordata al diritto che patisce la compressione, la scelta limitativa deve essere "necessaria" a dare espressione a un'altra situazione giuridica soggettiva del medesimo valore costituzionale.

A fronte di una lesione *ultra* potenziale della libertà sessuale del minore, appare evidente come il sacrificio imposto alla libertà di espressione del fotografo mediante la previsione di una sanzione particolarmente severa non si presenti come necessario e rischi, all'opposto, di tradursi in una discriminazione alla rovescia.

Una simile conclusione risulta suffragata da un dato che finora si è trascurato di valorizzare e che, giunti a questo punto del lavoro, necessita della giusta considerazione.

Simili pubblicità, realizzando una forma di sfruttamento dell'immagine infantile per finalità prevalentemente (se non esclusivamente...) economiche, presuppongono la valida stipulazione di un contratto e la prestazione di un consenso informato da parte del soggetto esercente la potestà genitoriale in relazione alla specifica destinazione delle fotografie.

L'art. 10 c.c. vieta, come è noto, l'esposizione e la pubblicazione dell'altrui immagine fuori dei casi in cui la legge stessa vi consenta. La norma in esame, sottoposta a una lettura combinata con gli artt. 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore, permette di rinvenire nell'atto di manifestazione del consenso a opera di chi è legittimato a disporre dell'immagine una di quelle ipotesi in cui la legge accorda a taluno il diritto di utilizzare il ritratto di qualcun altro⁴⁰.

⁴⁰ I contratti mediante i quali un soggetto cede a terzi, a fronte di un corrispettivo, il diritto di sfruttare economicamente la propria immagine o il proprio nome hanno conosciuto, nei più recenti sviluppi della prassi commerciale, un incremento notevole. Basti pensare al proliferare di quelle particolari figure dell'autonomia negoziale note come "contratti di sponsorizzazione" (per una approfondita riflessione sulle caratteristiche dei contratti in questione, cfr. G. VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, fasc. 1/2001, 3 ss.). La diffusione dei suddetti contratti ha, tuttavia, sollecitato una serie di riflessioni circa la compatibilità degli stessi con alcuni principi generali dell'ordinamento, in primo luogo il principio di inviolabilità dei diritti della personalità di cui all'art. 2 della Costituzione. Le tradizionali caratteristiche dei diritti di cui si discute (assolutezza, indisponibilità, extrapatrimonialità, imprescrittibilità) stridono con tutte quelle forme di "commercializzazione della persona" contrattualmente realizzate.

L'interrogativo che ha imposto un'intensa opera di elaborazione della dottrina e solleciti interventi della giurisprudenza concerne la possibilità per il privato di disporre di un diritto che, essendo inscindibilmente legato alla persona, dovrebbe

Quando la fotografia viene a essere realizzata «nel corso e nell'adempimento di un contratto di impiego o di lavoro, entro i limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto», i diritti esclusivi di riproduzione, diffusione e spaccio competeranno al datore di lavoro, secondo quanto disposto dall'art. 88 della legge appena citata.

Posta in questi termini, la questione meriterebbe ulteriori approfondimenti e precisazioni che, per scelta espositiva e consequenzialità dell'argomentazione, eviteremo di svolgere.

Basterà soltanto dire che, prima di interrogarsi sull'opportunità di interventi legislativi di riforma in materia di pedopornografia, bisognerebbe guardare all'effettivo modo in cui le parti di un contratto avente lo scopo di sfruttare commercialmente l'immagine di una bambina decidono di regolamentare reciprocamente i rispettivi interessi, facendo attenzione che l'interesse superiore del minore al rispetto della propria identità sessuale non venga a essere sacrificato sull'altare della mercificazione della persona.

8. Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia: il nuovo articolo 414 bis cod. pen.

Al fine di ricondurre il discorso nell'ambito delle coordinate fissate nell'*incipit* della presente trattazione, sembra giunto il momento di riflettere su quella che pare essere la soluzione interpretativa più convincente in vista dell'inquadramento giuridico del caso Vogue.

L'art. 4, comma 1, lettera b), legge 172 del 2012 ha introdotto nel codice penale l'articolo 414 *bis*, rubricato "Istigazione a pratiche di

essere indisponibile e che, non avendo contenuto patrimoniale, mal si concilia a divenire oggetto di un contratto il quale, per definizione legislativa, rappresenta lo strumento principe per costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici aventi natura patrimoniale. Per un approfondimento della questione, v. G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Dir. inf.*, 6/2007, 1043 ss.; cfr. anche S. PRINCIVALLE, *Il testamento artistico: la spersonalizzazione del nome e dell'immagine dei personaggi noti. Il caso Pavarotti*, in *Giust. civ.*, 3-4/2013, 135 ss.

pedofilia e di pedopornografia”. Con la previsione di questa peculiare figura di reato, autonoma rispetto a quella disciplinata dall’art. 414 (Istigazione a delinquere), ma a essa collegata da un «nesso di specialità unilaterale per specificazione dell’oggetto dell’istigazione»⁴¹, il legislatore italiano ha stabilito che “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione, pubblicamente istiga a commettere, in danno di minorenni, uno o più delitti previsti dagli articoli 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all’art. 600 *quater.1.*, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *quinquies*, è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni. Alla stessa pena soggiace anche chi pubblicamente fa l’apologia di uno o più delitti previsti dal primo comma. Non possono essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico e di costume”.

Abbiamo già sollevato non poche perplessità in ordine al carattere pornografico del servizio fotografico di Tom Ford per ragioni che sono state precedentemente illustrate e in forza delle quali il disposto dell’art. 414 *bis* c.p. lascia, ad avviso di chi scrive, un più ampio margine di manovra nell’opera di qualificazione della condotta da sanzionare compiuta dall’interprete.

Come si è già detto, le accuse rivolte alla rivista furono di istigazione alla pedofilia e alla prostituzione minorile, oltre che di pedopornografia; l’opinione pubblica aveva ritenuto che le istantanee apparse su Vogue non turbassero soltanto la sensibilità dei più, ma rappresentassero anche un’esortazione allo sfogo delle perversioni sessuali in una società già degenerare.

Procediamo con ordine. Possiamo in primo luogo affermare che l’inciso “con qualsiasi mezzo e con qualunque forma di espressione”

⁴¹A. VALLINI, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, II, 2013, 151 ss.

renda praticabile la soluzione di una istigazione alla pedofilia e alla pornografia realizzata mediante la fotografia e altre forme di comunicazione non verbale⁴².

La nuova incriminazione pone al centro della tutela penale un bene giuridico superindividuale identificabile con il “sentimento collettivo di sicurezza”⁴³, come si evince, per altro, dalla collocazione della disposizione in esame nel titolo V del libro secondo, concernente i delitti contro l’ordine pubblico.

La clausola di riserva (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”) e la più ristretta cornice edittale (“da un anno e sei mesi a cinque anni”) non appaiono in grado di risolvere l’annosa questione della costituzionalità di una tutela penale eccessivamente anticipata, la quale chiama in causa, come si è osservato, già il reato di pedopornografia, e si inasprisce notevolmente in relazione ai reati cosiddetti “di opinione”.

Il problema rimane, sostanzialmente, insoluto: posto che il diritto penale è governato dal principio di offensività e materialità del reato, quanto ragionevole e proporzionato risulta essere la sanzione con la quale il legislatore decide di presidiare un bene la cui titolarità è ascrivibile alla generalità dei consociati?

9. Libertà di manifestazione del pensiero e istigazione a delinquere: osservazioni conclusive.

⁴² Sulla possibilità di configurare il *symbolic speech* quale oggetto della libertà di manifestazione del pensiero, cfr. A. ALGOSTINO, *Le parole e il dissenso fra libertà di manifestazione del pensiero e reato di istigazione a delinquere: note intorno al processo a Erri De Luca*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 4147 ss. Relativamente alla distinzione tra parola e azione nell’ambito dei reati di opinione, v. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 51, nota 117.

⁴³ Cfr. R. BORSARI, G. FORNASARI, D. PROVOLO, S. RIONDATO e R. WENIN, *Reati contro l’ordine pubblico*, a cura di G. Fornasari, S. Riondato, Giappichelli, Torino, 2013.

La scelta compiuta dalla dottrina al fine di armonizzare le esigenze della partecipazione democratica con le istanze di protezione della collettività investe, ancora una volta, il giurista nella più ristretta accezione di operatore del caso concreto.

L'istigazione rilevante come illecito penale sarebbe «soltanto quella dotata di un'effettiva e percettibile idoneità a suscitare in qualcuno la concreta voglia di realizzare alcuni dei reati indicati accompagnata dalla piena consapevolezza, da parte dell'istigatore, di quella idoneità»⁴⁴. Si tratta chiaramente di un accertamento che deve essere effettuato di volta in volta, avendo riguardo al contesto⁴⁵ in cui si colloca il destinatario del messaggio e alle sue reali inclinazioni. In sostanza, l'idoneità di cui si discute deve essere verificata in relazione all'individuo non deviato, capace di esercitare il controllo dei propri impulsi sessuali.

Una simile affermazione rimanda, inevitabilmente, a quella tecnica argomentativa cui ci si è riferiti nella prima parte della presente trattazione, nota come "bilanciamento".

La tematica ha ragion d'essere riproposta in un'accezione affatto diversa: non quale attività ascrivibile al legislatore, bensì quale operazione rimessa al giudice.

Presupposto indefettibile del bilanciamento di matrice giurisprudenziale è, come noto, un conflitto tra due o più principi o diritti di rilievo costituzionale, il cui contestuale soddisfacimento risulti inibito in una determinata e concreta situazione.

Una circostanziata definizione dei diritti fondamentali e una predeterminata specificazione del loro contenuto essenziale risulta, a

⁴⁴ A. VALLINI, *Nuove norme a salvaguardia del minore*, cit. Analogamente, B. OLIVERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. dir.*, II (1958), 621.

⁴⁵ Sull'importanza del contesto ai fini della valutazione di idoneità della condotta alla determinazione di un concreto pericolo di adesione al programma criminoso dell'istigante, A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2016, 845.

parere di una pregevolissima dottrina⁴⁶, non solo inappropriata a un testo costituzionale, ma anche implausibile. Secondo questa ricostruzione, non potendosi aprioristicamente e astrattamente ricomporre, una volta per tutte, ogni possibile conflitto tra diritti fondamentali né sostenere che contrasti di siffatta natura siano inesistenti⁴⁷, diviene inevitabile attribuire al giudice il compito di individuare, caso per caso, il punto di equilibrio tra le situazioni collidenti benché in applicazione di canoni ermeneutici, dei quali sia dato preventivo conto e trasparente rappresentazione.

La suddetta tesi consegna, a parere di chi scrive, l'epilogo della vicenda alla formazione e alla discrezionalità degli operatori del diritto, inevitabilmente rischiosa, non consentendone una compiuta e pacifica ubicazione nel sistema. Il pericolo che si corre tutte quelle volte in cui si conduce un bilanciamento *ad hoc* è, infatti, quello di istituire una «gerarchia assiologica mobile»⁴⁸, espressione di giudizi di valore particolaristici, se non di mere intuizioni. È difficile non avvedersi di come tale ponderazione, auspicabile per ragioni di giustizia sostanziale, possa determinare continue oscillazioni degli orientamenti giurisprudenziali anche in ordine a casi simili, con tutto ciò che ne consegue in termini di certezza del diritto e di prevedibilità della decisione giudiziale.

Che l'esercizio di un diritto possa implicare la limitazione di altre situazioni di vantaggio riconosciute dall'ordinamento è un dato ormai acquisito al patrimonio conoscitivo del giurista contemporaneo. Alla luce di quanto finora detto, è altrettanto chiaro che l'esatta identificazione dei limiti di un diritto fondamentale rappresenta una

⁴⁶ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, I, 2006.

⁴⁷ In questo senso, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.

⁴⁸ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, 216-221, 252-253, 295-296.

conquista di natura esegetica e non un presupposto delle operazioni di bilanciamento⁴⁹.

Il confine tra la libertà di manifestazione del pensiero e la sfera del penalmente rilevante risulta quanto mai incerto, specie in quelle circostanze nelle quali la prima funge da garanzia costituzionale per l'esternazione del dissenso.

Qualora volessimo dar credito alle giustificazioni addotte dalla Roitfeld e da Ford in quella occasione e considerare la pubblicità di Vogue mero strumento di critica nei confronti della società e delle regole alle quali la moda ha finito col soggiacere, potremmo indubbiamente riconoscere alla libertà di espressione una latitudine tale da giustificare simili esternazioni.

Come è stato persuasivamente sostenuto, «inteso quale limite alla potestà punitiva dello Stato, il principio costituzionale della libertà di espressione disabilita il legislatore dal vietare una qualsiasi condotta per il solo fatto che questa rappresenti l'espressione di un certo pensiero, di un determinato stato psichico (credenza, desiderio, preferenza, ecc.), proprio del suo autore»⁵⁰.

Riteniamo qui di poter astrattamente condividere quelle operazioni di bilanciamento che si traducono in una compressione della libertà di manifestazione del pensiero in difesa di valori funzionali alla estrinsecazione della dignità della persona, ma ci sembra consigliabile sposare un atteggiamento cauto nei confronti di un temperamento di interessi che si risolva, sempre e comunque, in favore di sentimenti o di sensibilità superindividuali.

⁴⁹ In tal senso, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, cit.

⁵⁰ A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/2007, 689 ss.