

Con sentenza n. 46184 del 17 dicembre 2021, depositata il 23 dicembre 2021, la terza sezione penale delle Corte di Cassazione ha escluso l'*overruling in malam partem* per i fatti commessi prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 2018.

Le Sezioni Unite, con una pronuncia del 2000, avevano affermato il principio secondo cui, poiché il delitto di pornografia minorile di cui al art. 600-ter, comma 1, c.p. - mediante quale l'ordinamento appresta una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo quei comportamenti prodromici che, anche se non necessariamente a fine di lucro, ne mettono a repentaglio il libero sviluppo personale con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia - ha natura di reato di pericolo concreto, la concotta di chi impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici è punibile, salvo l'ipotizzabilità di altri reati, quando abbia una consistenza tale da implicare concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto (Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2000, n. 13).

Quest'orientamento è stato superato dalle Sezioni Unite con una sentenza del 2018, laddove si è affermato che, ai fini dell'integrazione del reato di produzione di materiale pedopornografico, non è richiesto l'accertamento del concreto pericolo di diffusione di detto materiale (Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815).

La tesi secondo cui, nel caso di specie, essendo i fatti commessi nel 2016 - e quindi prima della sentenza n. 51815 del 2018 - si sarebbe in presenza di un *overruling in malam partem*, che confligge l'art. 7 CEDU, è infondata. Al riguardo è sufficiente richiamare il costante indirizzo della Suprema Corte, secondo cui, in tema di successione di leggi penali nel tempo, l'art. 7 CEDU (ove si stabilisce 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", e che "non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso") - così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2018, n. 37857), atteso che l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il ribaltamento imprevedibile di un quadro giurisprudenziale consolidato (Cass. pen., sez. V, 9 luglio 2018, n. 47510).

Orbene, nel caso in esame, deve ritenersi che, da parte dell'imputato, nel momento in cui teneva la condotta di produzione di materiale pedopornografico, fosse concretamente prevedibile il mutamento della giurisprudenza, affermato dalla sentenza resa a Sezioni Unite n. 13/2000 cit., per effetto delle modifiche normative che, dopo la pronuncia, hanno interessato la norma incriminatrice in esame. Peraltro, proprio le Sezioni Unite, con la sentenza del 2018, hanno dato atto che, alla stregua del nuovo quadro legislativo, "l'interpretazione proposta dall'orientamento largamente dominante, nel senso della necessità del requisito del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico, deve ritenersi superata dall'evoluzione normativa e, comunque, anacronistica, in quanto riferita a un contesto sociale e a un grado di sviluppo tecnologico - quelli della seconda metà degli anni '90 del secolo scorso - che sono radicalmente mutati negli ultimi anni". Su queste basi, le Sezioni Unite si sono poste il problema dell'*overruling in malam partem*, escludendo che esso venga in rilievo nel caso in esame, "essendo ormai generalizzato - come visto - il pericolo di diffusione del materiale realizzate utilizzando minorenni; con la conseguenza che l'esclusione di tale pericolo quale presupposto per la sussistenza del reato non determina in concreto un ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie penale, essendo completamente mutato il quadro sociale e tecnologico di riferimento ed essendo parallelamente mutato anche il quadro normativo sovranazionale e nazionale".

Riferimenti Normativi:

- art. 2 c.p.
- art. 25 Cost.

- art. 7 CEDU
- art. 600-ter c.p.