

## **Produzione di materiale pedopornografico ad uso privato con il consenso del minore ultraquattordicenne.**

di **Mariarosa Giannoccoli**

**SOMMARIO:** **1.** Premesse sistematiche. – **2.** Il caso. – **3.** Il precedente: Cassazione Penale, Sezioni Unite, n. 51815 del 15 novembre 2018. – **4.** Il tema del confine di liceità della produzione di materiale pornografico: Cassazione Penale, Sez. III, ord. n. 25334 del 22 aprile 2021. – **5.** La rimessione alle Sezioni Unite. – **6.** Le Sezioni Unite: l’informazione provvisoria n. 18/21.

### **1. Premesse sistematiche.**

Nel nostro ordinamento la libertà sessuale si acquista al compimento del quattordicesimo anno di età.

Si giunge a tale conclusione con la lettura combinata dell’art. 609 *bis* e 609 *quater*, comma primo, n. 1) c.p. da cui emerge come il compimento di atti sessuali con un minore assuma rilevanza penale non solo in caso di violenza (art. 609 *bis* c.p.) come già accade per il maggiorenne, ma anche nel caso in cui il minore acconsenta al loro compimento senza aver compiuto gli anni quattordici (art. 609 *quater* c.p., comma primo, n. 1).

Al di sopra dei 14 anni di età, invece, la condotta consensuale costituisce reato solo in presenza di ulteriori condizioni, sintomo di maggiore vulnerabilità della persona offesa e, quindi, di una minore attitudine all’espressione di un valido consenso.

Tra queste circostanze figurano i particolari rapporti con la vittima: parentela, educazione o istruzione, vigilanza o custodia, sono situazioni cui il legislatore dedica particolare attenzione al comma primo n. 2) dell’art. 609 *quater* c.p. e nei commi a seguire, così graduando la pena in base alle circostanze prese via via in considerazione.

Trattasi, invero, di vere e proprie “presunzioni di incapacità”.

Da tale breve disamina emerge, allora, un principio: il minore acquista la libertà sessuale prima della capacità giuridica, sicché il consenso del minore infraquattordicenne può scriminare tutta una serie di condotte altrimenti illecite.

A tale schema generale fa riferimento anche l’argomentazione mossa dal ricorrente nel caso in esame.

Infatti, secondo la prospettazione difensiva, nella diversa fattispecie ascritta all’imputato nel caso in esame (art. 600 *ter* c.p. – pornografia minorile), il legislatore avrebbe implicitamente inteso escludere la rilevanza penale della

condotta ogniqualvolta il minore di anni diciotto esprima liberamente il consenso alla produzione di materiale pornografico.

Difetterebbe, quindi, nel caso di specie la modalità descritta dalla norma con l'uso del verbo "utilizzare", che presuppone un soggetto reificato e inerme, non consenziente.

Il consenso del minore infra-quattordicenne è, quindi, idoneo a scriminare la condotta di cui all'art. 600 *ter* c.p.?

Quando il consenso del minore alla produzione e/o diffusione di detto materiale deve dirsi estorto o, comunque, viziato e quando può, invece, dirsi pienamente libero?

Ebbene, la pronuncia in esame, nel rispondere a tali interrogativi, si pone il delicato obiettivo di contemperare la libertà sessuale del minore infra-quattordicenne con la tutela del suo sviluppo psicofisico, quale bene giuridico preso in considerazione da tutte le norme a difesa del minore nell'ambito dei reati sessuali<sup>1</sup>.

## 2. Il caso.

Un uomo intrattiene una relazione con una minorenne.

Col suo consenso produce e diffonde tramite social network immagini ritraenti la minorenne in atteggiamenti intimi (60 fotografie e 10 video).

La minorenne acconsente, pertanto, prima alla produzione del materiale pornografico e poi alla sua successiva divulgazione, avvenuta per mettere alla prova il ragazzo con cui ella intratteneva una nuova relazione.

All'esito del giudizio di primo grado l'imputato viene condannato per il reato di cui all'art. 600 *ter* c.p. alla pena di anni 2 e mesi 8 di reclusione, oltre alla multa di Euro 12.000/00 ed alla interdizione perpetua da scuole e/o altre strutture frequentate da minori.

La sentenza viene confermata in appello.

## 3. Il precedente: Cassazione Penale, Sezioni Unite n. 51815 del 15 novembre 2018.

Il primo vizio censurato dal ricorrente nel caso *de quo* attiene alla mancanza dell'elemento oggettivo del reato consistente nella reificazione della vittima, che deve essere stata "utilizzata" dall'agente, come prevede l'espressione legislativa. A ben vedere, però, con l'art. 600 *ter* c.p., per l'ipotesi di produzione di materiale pornografico, il legislatore ha fissato l'età del consenso al compimento dei 18 anni. Suggestiva appare, allora, la difesa nella

---

<sup>1</sup> Sul punto, si veda Cass. Pen. n. 23205/18: "*il bene giuridico del reato di atti sessuali con minorenne non è la libertà di autodeterminazione dello stesso, non potendo egli esprimere alcun consenso, ma l'integrità fisio-psichica del medesimo nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità.*"

parte in cui sfrutta il significato del termine "utilizzo" per reintrodurre il tema del consenso del minore in una norma ove questo non assume espressamente efficacia scriminante. Più nello specifico, la difesa fonda le proprie argomentazioni su un autorevole precedente (si veda Cass. Pen. Sez. Un. n. 51815 del 15.11.18) che ha fissato la rilevanza penale della condotta di cui all'art. 600 *ter* c.p. nella strumentalizzazione della vittima per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri o finalità di altro genere<sup>2</sup> in presenza di un "*differenziale di potere tra soggetto che realizza le immagini e minore rappresentato*"<sup>3</sup>.

Volendo interpretare il principio espresso in tale pronuncia in un'ottica sistematica, la condotta potrebbe non raggiungere la soglia di rilevanza penale ogni qualvolta il minore non assume la posizione di "oggetto reificato", bensì di "attore" che liberamente esprime la sua libertà sessuale in un contesto strettamente privato.

Preme precisare come la medesima pronuncia abbia precisato la natura di reato di danno (e non già di reato di pericolo concreto<sup>4</sup>) del reato in esame, di fatto superando il precedente orientamento giurisprudenziale.

#### **4. Il tema del "confine di liceità" della produzione di materiale pornografico: Cassazione Penale, Sez. III, ord. del 22 aprile 2021 (dep. 1° luglio 2021), n. 25334, Pres. Marini, Est. Rosi.**

Prima di analizzare più da vicino il contenuto dell'ordinanza di rimessione occorre muovere dalle argomentazioni della difesa al fine di comprendere quale specifico tema sia stato rimesso alle Sezioni Unite.

Il ricorrente, infatti, facendo leva sul principio espresso dalle Sezioni Unite nel 2018, lamenta che la Corte si sarebbe soffermata sulla sola irrilevanza giuridica del consenso senza indagare quell'area di liceità sancita dalla norma con l'espressione "utilizzando".

D'altro canto, continua il ricorrente "*l'espressione libera della sessualità della minore non può essere considerata una forma di degradazione o manipolazione*"<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Vedi Cass. Pen. Sez. Un. n. 51815 del 15.11.18, punto 4.1.2.: "*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 o per il conseguimento di utilità di vario genere; condotta che rende invalido anche un suo eventuale consenso (ex plurimis, Sez. 3, n. 1783 del 17/11/2016, dep. 16/01/2017, C., Rv. 269412; Sez. 3, n. 1181 del 23/11/2011, dep. 16/01/2012, L., Rv. 251905).*

<sup>3</sup> Ivi, punto 4.1.3.

<sup>4</sup> Vedi Cass. Pen. Sez. Un. n. 13 del 2000.

<sup>5</sup> Ivi, punto 2.1, parte in fatto dell'ordinanza n. 25334 del 22 aprile 2021 (dep. 1° luglio 2021), n. 25334, Pres. Marini, Est. Rosi.

L'argomentazione della difesa prosegue soffermandosi sulla successiva fase di divulgazione di detto materiale: nell'attuale contesto storico, produzione e diffusione costituiscono un nuovo modo di vivere la sessualità da ritenersi "atto sessuale" o comunque sua prosecuzione.

Tale assimilazione tra la condotta di produzione e quella di diffusione di materiale pornografico non è accolta dall'ordinanza di rimessione che non ravvisa sul punto un contrasto col precedente del 2018.

Infatti - afferma l'ordinanza di rimessione<sup>6</sup> - la documentazione della propria sfera sessuale, involge una serie di rischi ulteriori rispetto ai quali si dubita che il minore possa esprimere un consenso pieno.

Pertanto, quand'anche la produzione di detto materiale dovesse ritenersi lecita in ossequio al principio di diritto esposto dalle Sezioni Unite, il materiale lecitamente prodotto sarebbe illecitamente diffuso, senza che il consenso del minore possa assumere efficacia scriminante<sup>7</sup>.

Ad imporre tale scelta è il superiore interesse del minore, come descritto dalle fonti sovranazionali<sup>8</sup>.

Pertanto, l'ordinanza in commento rimette alle Sezioni Unite solo una parte del *thema decidendum* tracciando un confine netto tra produzione e diffusione.

Nessun dubbio, invece, sulla illiceità della condotta di diffusione di materiale pornografico, anche consensuale.

## **5. La rimessione alle Sezioni Unite.**

Seri dubbi investono, invece, la fase di produzione di detto materiale.<sup>9</sup>

La Corte, *in primis*, ricorda che il legislatore nazionale non ha inteso esercitare la facoltà espressa nella direttiva 2011/93/EU<sup>10</sup> che consentiva ai singoli Stati di espressamente prevedere la scriminante in questione nelle ipotesi di

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 11, punto 6.1.

<sup>7</sup> Ivi, p. 11, punto 6.2 in diritto: "*Comunque, pur prescindendo dalla risposta a questa prima questione, questo Collegio è del parere che non si possa riconoscere in capo ad un minorenne, neppure se ultraquattordicenne, la capacità a prestare il consenso alla diffusione di tale materiale pedopornografico, ovvero alla sua cessione da parte di terzi, siano essi pure identificabili nel partner coinvolto nell'attività di tipo sessuale riprodotta nel materiale stesso, proprio in considerazione dei rilievi già svolti in tema di interesse protetto dalle disposizioni incriminatrici e della tutela del "superiore interesse del minore", quale ricavabile dagli strumenti sovranazionali*".

<sup>8</sup> Tra tutte merita considerazione la Convenzione di Lanzarote, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali", ratificata in Italia con la legge n. 172/2012. Con specifico riferimento alla fattispecie in esame si veda l'articolo 20, comma terzo della Convenzione.

<sup>9</sup> Ivi, punto 4, in diritto.

<sup>10</sup> Si veda l'art. 8, par. 3 della direttiva comunitaria n. 93 del 2011.

consenso dell'infra-quattordicenne e di uso domestico del materiale prodotto.

Per tale ragione, spetta al giudice interpretare rigorosamente la fattispecie in esame con specifico riferimento al bene giuridico protetto dalla norma.

Emerge, a questo punto, il nodo cruciale dell'ordinanza di rimessione<sup>11</sup>: il bene giuridico di cui all'art. 600 *ter* c.p. può essere limitato alla tutela dell'autonomia sessuale del minore o deve necessariamente garantire una tutela rafforzata dell'intimità sessuale del minore stesso?

La risposta a tale ultimo quesito - secondo la Terza Sezione Penale - impone una parziale messa in discussione delle S.U. del 2018 e del principio espresso nella succitata decisione.

AmMESSO che il minore possa manifestare il suo consenso al compimento dell'atto, infatti, secondo gli Ermellini, la relazione tra un minore ed un adulto non può comunque dirsi paritaria.

La manifestazione del consenso può elidere la posizione di supremazia dell'adulto, ma non può rendere paritario il rapporto<sup>12</sup>.

## **6. Le Sezioni Unite: l'informazione provvisoria n. 18/21**

Chiamate a sciogliere il succitato quesito, all'udienza tenutasi in data 28 ottobre 2021, le Sezioni Unite hanno adottato la seguente soluzione:

*"Nel rispetto della volontà individuale del minore con specifico riguardo alla sfera di autonomia sessuale, il valido consenso che lo stesso può esprimere agli atti sessuali con persona minorenni o maggiorenne, ai sensi dell'art. 609 quater cod. pen., si estende alle relative riprese, sicché è da escludere, in tali ipotesi, la configurazione del reato di produzione di materiale pornografico, sempre che le immagini o i video realizzati siano frutto di una libera scelta e siano destinati all'uso esclusivo dei partecipi all'atto.*

*Al di fuori dell'ipotesi descritta, la destinazione delle immagini alla diffusione può integrare il reato di cui all'art. 600 *ter*, primo comma, cod. pen., ove sia stata deliberata sin dal momento della produzione del materiale pedopornografico.*

*Viceversa, le autonome fattispecie di cui al terzo e al quarto comma dell'art. 600 *ter* ricorrono allorché una qualsiasi delle condotte di diffusione o offerta in esse previste sia posta in essere successivamente ed autonomamente rispetto alla ripresa legittimamente consentita ed al di fuori dei limiti sopra indicati".*

---

<sup>11</sup> Ivi, punto 4.1 e 4.2, in diritto.

<sup>12</sup> Riferendosi alle Sezioni Unite del 2018, la Corte afferma: "La pronuncia tralasciava, però, nella sostanza affidandolo all'accertamento in sede di merito, qualunque considerazione circa la evidente differenza che intercorre tra una relazione interpersonale paritaria tra soggetti minori di età (...) e la relazione interpersonale tra tali minori ed un adulto, relazione che non necessariamente potrebbe caratterizzarsi da una posizione di supremazia ma che risulta, altresì, arduo definire paritaria".



Risulta, pertanto, esteso all'art. 600 *ter* c.p. l'assetto delineato dall'art. 609 *quater* c.p. con specifico riferimento al caso in cui la produzione di materiale pornografico nasce e si esaurisce in un contesto privato.

Il contesto privato ed il consenso del minore non sono, quindi, idonei a scriminare una condotta nata, sin dall'inizio, con l'intento di diffondere detto materiale e non già di tenerlo al sicuro tra le mura domestiche.

In attesa delle motivazioni della sentenza appare, pertanto, evidente come le Sezioni Unite abbiano inteso contemperare due opposte esigenze: quella di protezione del minore e di rispetto della sua libertà sessuale, rispettando al contempo gli obblighi assunti in sede internazionale senza rinunciare alla coerenza sistematica interna.