

## ORIENTAMENTI

---

**VINCENZO SANTORO**

***Produzione e divulgazione di materiale pedopornografico tra autodeterminazione sessuale del minore e protezione di tutti i minori.***

Nel corso degli ultimi venti anni le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono occupate tre volte della questione di quale sia la precisa conformazione del reato di produzione di materiale di pornografia minorile e di quali siano i suoi puntuali rapporti con le contigue fattispecie di esternazione e detenzione del suddetto materiale.

Al fondo della questione sta la ampia latitudine dei reati previsti dagli articoli 600 ter e quater del codice penale, che almeno in apparenza configurano una griglia di tutela di ogni e qualsiasi minore di età e sembrano non lasciare spazio a quel principio di autodeterminazione sessuale che altrove viene garantito a coloro che abbiano compiuto gli anni quattordici.

Nell'ultimo intervento delle sezioni unite, che si colloca sulla scia del precedente del 2018, si puntualizza l'area in cui la produzione di materiale pornografico è un corollario dell'autodeterminazione sessuale, con puntuale indicazione delle condizioni che debbono a tal fine avverarsi e dei limiti entro cui l'autodeterminazione può lecitamente esplicarsi. Ne risulta un quadro incompleto, dove il minore è adulto ad intermittenza e solo in alcuni ambiti, tratteggiati quasi a scacchiera.

*Production, dissemination, and possession of child pornography material: the delicate balance between self-determination of minors with at least 14 years and the duty to protect all minors under the age of 18.*

*Over the past twenty years, the Court of Cassation in plenary session have dealt three times with the question on the precise conformation of the crime of producing child pornography material and its relationship with the contiguous crimes based on the spreading and possession of the material.*

*At the bottom of the question lies the wide range of the crimes provided for by articles 600 ter and quater of the criminal code, which, at least apparently, shape a grid for the protection of all minors and seem to leave no room for the principle of sexual self-determination, guaranteed elsewhere to the minors who have reached the age of fourteen.*

*In the last decision of the Supreme Court, which follows the previous one in 2018, is better specified the area in which the production of pornographic material is a corollary of sexual self-determination, with an accurate and rigorous list of the needed conditions and a precise delimitation of its boundaries. The result is an incomplete and not entirely consistent picture, where the minor is half-adult and only in some areas, outlined almost like the move of the horse in the game of the chess.*

**SOMMARIO:** 1. Premesse. - 2. Produzione di materiale pedopornografico ad esclusiva opera del minore. - 3. Produzione di materiale pedopornografico con il consenso del minore. - 4. In particolare sui casi di esclusione della condotta di "utilizzo del minore" secondo le sezioni unite. - 5. Cosa legittima il consenso del minore? - 6. *Quid* della divulgazione e detenzione di materiale pedopornografico realizzato senza l'utilizzazione di minori? (Autoproduzione e consenso del minore). - 7. La tesi del collegamento tra il reato di produzione di materiale di pornografia minorile e quelli di sua divulgazione e detenzione. - 8. La tesi della autonomia delle condotte di divulgazione e detenzione di materiale di pornografia minorile. - 9. La specifica soluzione fornita dalla recente decisione delle sezioni unite. - 10. Qualche ulteriore

osservazione. - 11. Se e quando il reato di detenzione di materiale pedopornografico sia ipotizzabile anche nella ipotesi in cui la realizzazione del materiale non configuri il reato di cui all'articolo 600 ter primo comma c.p. - 12. Riepilogo su quando esternazione e detenzione assumono rilevanza penale. - 13. In merito alle difficoltà applicative del reato di "diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti" (articolo 612 ter c.p.). - 14. Il tempo del fatto ed il tempo dell'immagine. - 15. Possibile rilevanza del reato di diffusione di immagini sessualmente esplicite (612 ter c.p.).

1. *Premesse.* Nel primo comma dell'articolo 600 ter del codice penale si contempla e sanziona il fatto di chiunque produca materiale pornografico utilizzando minori degli anni diciotto<sup>1</sup>.

La attuale condotta di "utilizzo" ha preso il posto della originaria condotta di sfruttamento, ritenuta eccessivamente sbilanciata sul versante della finalità di profitto e pertanto fonte di perplessità nelle ipotesi in cui, pur coinvolgendo un minore, i fatti non fossero correlati ad obiettivi di arricchimento patrimoniale. La modifica normativa, se di certo ha dissipato quei dubbi correlati alla pregressa condotta di sfruttamento, non ha comunque dilatato l'ambito della fattispecie sino a ricomprendervi ogni ipotesi di consapevole creazione di materiale che coinvolga un minore in forme e modi integrativi del concetto di pornografia minorile<sup>2</sup>.

Rimane infatti un'area "franca", in cui può realizzarsi un fatto di oggettiva produzione di materiale pedopornografico e nel contempo non esservi la condotta di utilizzazione del minore.

---

<sup>1</sup> In merito, ALBAMONTE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte I: le principali modificazioni al codice penale*, in *Giur. merito*, 2013, 4, 752; BIANCHI, *Art. 600 quater.1 c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006; DEL SIGNORE, *La tutela dei minori e la pedopornografia telematica: i reati dell'art. 600-ter c.p.*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, 2018; *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità divenire del minore*, a cura di Bianchi-Del Signore, Padova, 2008, 28 ss.; ROMANO, *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Diritto famiglia e persone*, 1998; PICOTTI, *Sub art. 600-ter comma 3 c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2002; ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2009; SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, *Guida dir.*, 1998, 33; TOVANI, *Un ampio spettro di modifiche al codice penale*, *Leg. pen.*, 2013, 49; STINCHELLI, *Il reato di diffusione di materiale pedopornografico: quadro normativo di riferimento, analisi della disciplina e dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *www.dirittoconsenso.it*, 13 settembre 2021.

<sup>2</sup> FALCINELLI, *L'età evolutiva del diritto penale. Il valore dell'educazione alla libertà (negli scorci delle sezioni unite sulla produzione di materiale pornografico)*, in *Arch. pen.*, 2022, 1, spec. 30.

Può anche darsi che si tratti di un inconveniente non previsto; oppure compensato dal rigore geometrico di una possibile, ma non scontata, esegesi delle fattispecie successive, che si innestano sul materiale pornografico prodotto e sanzionano le condotte di sua divulgazione, cessione e detenzione.

Certo è che siffatta area esiste e di conseguenza si pone la duplice questione: di cosa occorra affinché la produzione di materiale pornografico non integri la fattispecie di cui al primo comma n. 1 dell'articolo 600 ter; e di quale sia il rapporto tra il reato di realizzazione di tale materiale e le variegate fattispecie di sua esternazione e detenzione, tutte preordinate a sanzionare l'immissione di materiale pedopornografico nei circuiti relazionali, specie quelli dei social network<sup>3</sup>.

*2. Produzione di materiale pedopornografico ad esclusiva opera del minore.* Il campo di riferimento del reato di realizzazione di materiale pedopornografico coincide con la intera area della minore età. E quindi copre anche la cospicua area presidiata, come desumibile dalla previsione di cui all'articolo 609 quater c.p.<sup>4</sup>, dalla libertà di autodeterminazione sessuale del minore che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età, con la sola eccezione di quei contesti in

---

<sup>3</sup> Tra cui anche il fatto di consapevole accesso, con veicoli telematici e non solo, a materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto (art. 600 quater, comma 3, aggiunto dalla legge 23 dicembre 2021, n. 238.). In merito, F. COSTANTINI, *Le modifiche al codice penale introdotte dalla l. 238/2021 (c.d. legge europea) in materia di contrasto allo sfruttamento sessuale dei minori e alla pedopornografia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 24 marzo 2022. Da ultimo, CAROLI, *Quando guardare è un reato. Accesso intenzionale a materiale pedopornografico e novità normative in materia di reati sessuali nei confronti di minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 7, 973 ss., il quale rileva come la nuova fattispecie si traduca in «un evidente anticipazione della tutela. Già punendo la mera detenzione si andava a colpire un soggetto che non ha avuto interazioni né con i minori ritratti, né necessariamente con i produttori del materiale (potendosi benissimo trattare di una diffusione a catena). Con l'accesso si sanziona anche chi si limita a guardare del materiale nella collocazione virtuale in cui questo già si trovava e senza che questi abbia nemmeno compiuto una minima attività di salvataggio del materiale a fini di possibili future fruizioni. Egli, dunque, viene punito per aver guardato intenzionalmente qualcosa che non avrebbe dovuto guardare [...] In quest'ottica, è evidente come le fattispecie di detenzione e ora di accesso di cui all'art. 600-quater c.p. rappresentino quantomeno una significativa anticipazione della tutela del bene giuridico: non solo un reato di pericolo, ma un reato di pericolo indiretto o pericolo del pericolo, ove la soglia dell'intervento penale arretra sino ad incriminare condotte meramente prodromiche (non già ad una lesione tout court, ma ad una situazione a sua volta pericolosa per il bene tutelato), prive di diretta incidenza offensiva sul bene finale oggetto di tutela».

<sup>4</sup> In merito all'art. 609 quater c.p., v. BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1999; BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali. I reati di*

cui, per i peculiari rapporti intersoggettivi o per le modalità che contrassegnano la genesi dell'atto sessuale (atti sessuali con minore in cambio di denaro o altra utilità), l'ambito dell'autodeterminazione del minore si restringe o si annulla del tutto.

Da ciò l'interrogativo se ed in che misura la libertà di autodeterminazione sessuale attestata nella previsione di cui all'articolo 609 quater possa espandersi oltre i confini di questa specifica fattispecie e proiettare i suoi effetti anche in quelle figure criminose le quali, incardinate su una condotta che incide sull'indifferenziata area della minore età, apparentemente non dicono nulla in merito alla possibilità che il consenso del minore ne escluda, a determinate condizioni, la sussistenza.

Tale connotato si riscontra proprio nella fattispecie di realizzazione di materiale pornografico di cui al primo comma dell'articolo 600 ter del codice penale, configurata in modo da abbracciare fatti di coinvolgimento di un minore di anni diciotto, radicata su una condotta di "utilizzo del minore" e in apparenza priva di espliciti spunti in grado di dare rilievo al progressivo accostarsi del minore alla maggiore età.

Si comprende subito, però, come l'indifferenziato riferimento alla minore età trovi un fattore di specificazione selettiva nella particolare struttura della condotta tipica, che è tale solo se la produzione del materiale pedopornografico avvenga *"utilizzando minori di anni diciotto"*.

Tale specificazione, definisce la puntuale misura della tutela penale e pone implicitamente in rilievo come possano darsi ipotesi in cui la oggettiva produzione di detto materiale avvenga in un contesto in cui non si ravvisi l'estremo della "utilizzo" del minore.

A tacere, per il momento, di altro, siffatto congegno descrittivo implica infatti come la condotta tipica del reato richieda la ineludibile presenza di almeno

---

*sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù*, a cura di Coppi, Torino, 2007; LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, in *I reati sessuali*, cit.; MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale* (l. 15.2.1996 n. 66): *un esempio paradigmatico di sciattezza legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997; VENEZIANI, *Art. 609 quater c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006.

due soggetti: il minore rappresentato e il soggetto che, nei variegati e possibili modi, lo “utilizza” per la confezione di materiale pornografico.

La necessaria alterità dell’agente rispetto al minore genera quindi una rilevante scrematura. In particolare, essa destina alla irrilevanza penale, almeno nel contesto del reato di cui al primo comma dell’articolo 600 ter c.p., tutte le ipotesi in cui a produrre il materiale pornografico sia, in piena autonomia e capacità, lo stesso minore che vi è raffigurato<sup>5</sup>.

Tale alterità, però, non dice nulla di definitivo quanto al residuo arsenale di norme incriminatrici, perché queste ultime, contemplando la variegata circolazione del materiale pedopornografico, ben potrebbero, per struttura e ragion d’essere, essere indifferenti rispetto alla genesi del materiale ed accontentarsi del mero fatto della sua esistenza.

3. *Produzione di materiale pedopornografico con il consenso del minore.* Il dato di partenza si risolve nel verificare quando possa escludersi il reato di produzione di materiale pornografico nella ipotesi in cui, pur sussistendo la necessaria alterità, il soggetto agente abbia realizzato il materiale con il consenso del minore che è in esso raffigurato.

E qui si impone una fondamentale delimitazione, quale prima fase di un più accurato e completo scrutinio: il consenso deve ineludibilmente provenire da un minore che abbia compiuto i quattordici anni di età e collocarsi in un contesto relazionale in cui tale età sia sufficiente per disporre della libertà di determinazione in materia sessuale.

In tale ottica viene in rilievo l’intera previsione incriminatrice di cui al reato di atti sessuali con minori (art. 609 quater c.p.), in cui sono ben delineati i casi in cui il consenso si nutre del compimento del quattordicesimo anno ed i casi per i quali cui occorra una maggiore maturità anagrafica (16 anni)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> In merito, cfr. BIANCHI, *Il “sexting minorile” non è più reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 138-154; ROSANI, *«Send nudes». Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d’età*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 16; SALVADORI, *I minori da vittime ad autori di reati di pedopornografia? Sui controversi profili penali del sexting*, in *Ind. pen.*, 2017, 789-837.

<sup>6</sup> Vedremo in seguito la rilevanza in tale prospettiva anche della previsione di non punibilità riferita agli atti sessuali compiuti da un minore che abbia compiuto gli anni tredici (articolo 609 quater, comma 4, c.p.).

Indi si impone una seconda e decisiva verifica, da condurre alla luce della specifica norma incriminatrice ed il cui scopo è quello di stabilire se, in ragione del contenuto e della oggettività giuridica della medesima, residui realmente uno spazio di efficacia per il consenso del minore, che abbia la idoneità a generare la irrilevanza penale del fatto.

In questa più ampia prospettiva occorre prendere atto di come vi siano fattispecie in cui il consenso del minore è lo sfondo su cui si innesta il fatto tipico da esse contemplato, che è tale, cioè, solo se vi sia il consenso del minore e nonostante tale consenso.

In tale area rientrano di certo i reati di prostituzione minorile, sia quelli che mettono realmente capo a fatti di prostituzione (primo comma articolo 600 bis c.p.) sia quelli che, per la coincidenza tra soggetto che paga e soggetto che fruisce delle prestazioni sessuali, fuoriescono dalla nozione di “prostituzione”<sup>7</sup>.

In ciascuna delle suddette fattispecie il consenso del minore, o meglio la sua non opposizione, è essenziale perché si delinei la integrazione della condotta tipica in esse, e solo in esse, contemplata, posto che ove tale consenso difettasse e l’agente impiegasse atti coercitivi per indurre il minore alla prostituzione o comunque per compiere o far compiere atti sessuali verrebbero in rilievo altre norme incriminatrici, in concorso o al posto di quelle sopra indicate<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Con sentenza n. 16207 del 2014 le sezioni unite, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, hanno affermato il seguente principio di diritto: «La condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, non configura il reato di induzione alla prostituzione di cui al primo comma dell’articolo 600 bis codice penale ed integra, ove ne sussistano gli estremi oggettivi, la fattispecie di cui al secondo comma del predetto articolo 600 bis (rapporti sessuali dietro compenso)»: così Cass., Sez. un., 14 aprile 2014, n. 16207.

<sup>8</sup> Cass., Sez. III, 20 maggio 2009, n. 21181, Rv. 243622-01: l’esercizio della violenza o della minaccia nei confronti della vittima non è evento necessario all’integrazione del reato di induzione alla prostituzione minorile che può essere commesso, a differenza del reato di violenza sessuale, anche solo con un’attività di persuasione ad acconsentire agli atti sessuali; Cass., Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 40383, Rv. 277273-0: il reato di prostituzione minorile, che punisce le condotte di induzione, favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione del minore degli anni diciotto, concorre con quello di atti sessuali con minorenne, compiuti nell’ambito delle attività di prostituzione di quest’ultimo, sia per la differente oggettività giuridica che per la diversità degli elementi costitutivi. (In motivazione, la Corte ha osservato che l’elemento aggiuntivo e dominante del mercimonio del corpo rende la fattispecie di cui all’art. 600-bis, comma primo, cod. pen. ontologicamente diversa da quella di cui all’art. 609-quater cod. pen.).

Si comprende agevolmente come nell'ambito delle predette fattispecie delittuose l'irrilevanza del consenso del minore discenda dalla circostanza che per il legislatore il bene da proteggere, pur correlato alla personalità del minore, trascende la specificità delle persone concretamente coinvolte e si profila come proiezione di un bene di più vasta portata, correlato all'interesse pubblico ad impedire che soggetti ancora immaturi vengano coinvolti in attività che appartengono al mondo degli adulti e che, quando non punite, vengono a mala pena tollerate.

Dai rilievi di cui sopra si desume pertanto come possano esservi altre norme incriminatrici in cui la protezione del minore non è assoluta e granitica ma è circoscritta e filtrata da una particolare condotta tipica, che in ipotesi può essere esclusa dal consenso libero, consapevole e valido del minore.

Ed è proprio questo che si riscontra nel reato di produzione di materiale pedopornografico, in cui, si ribadisce, la sanzione penale non riguarda ogni fatto che produca materiale di pornografia minorile ma solo quei fatti che realizzino tale obiettivo "utilizzando" minori di anni diciotto.

Qui è opportuna una chiosa, che potrebbe anche essere ovvia. In tanto ipotizziamo lo scenario di una condotta tipica permeabile al consenso del minore in quanto diamo per scontato che il concetto di utilizzazione non sia sinonimo di mero impiego ma implichi una qualche dose di strumentale manipolazione del minore. Perché se così non fosse, e si reputasse che quella utilizzazione altro non indica se non la necessità che il materiale pornografico coinvolga un minore, allora avremmo arricchito l'area dei reati di cui al punto precedente, in cui il legislatore punisce il fatto che alcune attività coinvolgono minori e dando per assolutamente irrilevante il loro consenso.

In realtà le cose non stanno in questi termini e a testimoniarlo è intervenuta una recente sentenza delle sezioni unite<sup>9</sup>, nella quale si è ammessa la eventualità che il reato non sussista nelle ipotesi in cui sia intervenuto il consenso del minore di anni quattordici e le concrete circostanze di formazione ed espressione del consenso si profilino come indice inequivoco della assenza di una condotta

---

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 10 febbraio 2022, n. 4616.

di utilizzazione: quindi come una circostanza che esclude la tipicità della condotta, per la esistenza della quale, di conseguenza, non è sufficiente il coinvolgimento del minore ma occorre una attività di strumentalizzazione, reificazione, asservimento del minore per un vantaggio altrui.

4. *In particolare sui casi di esclusione della condotta di “utilizzazione del minore” secondo le sezioni unite.* L'intervento delle sezioni unite<sup>10</sup> è stato richiesto dalla terza sezione della Corte di cassazione con ordinanza del 22 aprile 2021, nella quale si sottolinea come la risoluzione della questione imponga di interrogarsi - se non altro sotto il profilo della non completezza - sull' *obiter dictum* della pregressa decisione delle Sezioni Unite n. 51815 del 2018, ai sensi del quale «*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 la stesse siano frutto di una libera scelta e destinate ad un uso strettamente privato*»<sup>11</sup>.

In particolare, si assume come il predetto *obiter dictum* ometta di soffermarsi sulla evidente differenza che intercorre tra una relazione interpersonale parita-

---

<sup>10</sup> Per un primo commento, cfr. MINNELLA, *La diffusione verso terzi del materiale fa sempre scattare la figura delittuosa*, in *Guida dir.*, 2022, 9; ROSANI, *Cessione di immagini pedopornografiche autoprodotte (selfie): la Cassazione rivede la propria lettura dell'art. 600-ter c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2020. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della “pedopornografia domestica” ai sensi dell'art. 600-ter c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 25 febbraio 2022.

<sup>11</sup> Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51815, Rv. 274087-02. In motivazione, la Corte ha indicato, a titolo esemplificativo, la produzione, con il consenso del minore ritratto, di materiale sessualmente esplicito nell'ambito di una relazione paritaria tra minorenni ultraquattordicenni, unicamente ad uso privato delle persone coinvolte. Per un commento alla sentenza cfr. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, 1207-1219; PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*, in *Dir. internet*, 2019; BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1-25.

ria tra soggetti minori di età, in grado di manifestare il proprio consenso all'attività sessuale, e la relazione interpersonale tra un minore ed un adulto. E ciò in quanto quest'ultima relazione, pur potendo non implicare concreti atti di supremazia, è comunque non paritaria.

Si ritiene, altresì, con approccio che mette in conto le anomalie della ipotizzata differenza di età, che il minore di diciotto anni non potrebbe validamente consentire alla produzione del materiale pedopornografico riproducente lo svolgimento della sua attività sessuale (pur dallo stesso consentita) in quanto non in grado di discernere le possibili ripercussioni future sulla sua sfera psichica connesse ai rischi di sua diffusione.

Infine si sottolinea che *l'obiter dictum* delle Sezioni Unite 2018 appare privo di indicazioni in ordine alle possibili ricadute della elaborazione della categoria della "pornografia domestica", posto che, ove realmente definibile nei termini accreditati, si imporrebbe necessariamente una coerente interpretazione dei commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 600 ter c.p., che fanno riferimento al materiale di cui al primo comma e che, ove ineludibilmente correlati alla sussistenza del reato ivi previsto, potrebbero generare vuoti di tutela, proprio con riguardo alle ipotesi di successiva cessione o diffusione del materiale realizzato a soggetti estranei alla loro produzione<sup>12</sup>.

Con la citata sentenza del 2022 le sezioni unite, in linea di continuità con quanto già affermato da Sez. Un., n. 51318 del 31/5/2018, rilevano che dalla sfera applicativa della previsione del primo comma dell'art. 600-ter cod. pen. fuoriesce la produzione di materiale pornografico realizzato senza la "utilizzazione" del minore e con il suo valido ed efficace consenso, ineludibilmente correlato al raggiungimento dell'età che, ai sensi della fondamentale previsione di cui all'articolo 609 quater c.p., consente il tendenziale esplicarsi della capacità di disporre del proprio corpo nell'ambito delle esperienze di sessualità<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Si precisa che non può ritenersi risolutiva in tal senso l'introduzione, nel 2019, tramite l'art. 612-ter cod. pen., della criminalizzazione del fenomeno del c.d. *revenge porn*, che non risulta occuparsi, nello specifico, della tutela della persona di età minore e che non appare adeguata a tale scopo sia per la procedibilità a querela che per la mancata previsione di una circostanza aggravante specifica per i casi in cui la diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessuale esplicito concerne un minore.

<sup>13</sup> In dottrina si è rilevato come la distinzione tra produzione "privata" e produzione a fini diffusivi ed il conseguente divieto della diffusione a terzi delle immagini costituiscano una soluzione ragionevole, che

Si precisa, per delimitarne l'ambito di specifica irrilevanza penale, come il termine "utilizzazione" stia ad indicare la condotta di chi manovra, adopera, strumentalizza o sfrutta il minore servendosi dello stesso e facendone uso nel proprio interesse, piegandolo ai propri fini come se fosse uno strumento<sup>14</sup>.

Indi, sempre riprendendo le indicazioni offerte dalla sentenza n. 51815 del 2018, si indicano una serie di elementi dai quali è possibile ricavare la condizione di "utilizzazione" del minore e se ne fa consistere l'essenza: nella abusività della condotta connessa alla posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore; nelle modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno); nel fine commerciale; nell'età dei minori coinvolti, se inferiore a quella prevista per la valida formulazione del consenso sessuale.

Si evidenzia in merito che l'utilizzazione del minore può manifestarsi non solo quando l'agente realizzi egli stesso la produzione di tale materiale (ad esempio scattando fotografie dal contenuto erotico) ma anche quando induca o istighi a tali azioni il minore<sup>15</sup>, 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, sebbene l'azione sia posta in essere solo da quest'ultimo<sup>16</sup>.

---

bene equilibra la tutela del minore con il riconoscimento della sua graduale autonomia e concilia al contempo l'interesse del minore concreto con interessi di carattere più collettivo: ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 15 aprile 2022. In particolare, si rileva come l'esegesi accreditata dalla Suprema Corte giunga «ad introdurre una disciplina di non punibilità della pornografia domestica minorile, assimilabile a quanto proposto dalla Convenzione di Lanzarote e dalla direttiva 2011/93/UE, ma non recepito dal legislatore italiano».

<sup>14</sup> BERNARDI, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della "pedopornografia domestica" ai sensi dell'art. 600-ter c.p.*, cit. in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25 febbraio 2022.

<sup>15</sup> In tal senso anche Cass., Sez. III, 23 ottobre 2020, n. 2252, Rv. 280825-01.

<sup>16</sup> Rilevano le sezioni unite che sulle modalità dell'induzione, in mancanza di decisioni che abbiano esaminato specificamente la questione in relazione all'art. 600-ter cod. pen., potrà aversi riguardo agli approdi cui si è pervenuti con riferimento all'art. 600-bis cod. pen. che, al comma 1 n. 1, sanziona la condotta di chi «recluta o induce alla prostituzione persona di età inferiore agli anni diciotto». In quel contesto l'induzione è stata descritta come «quell'attività, coscientemente finalizzata, di persuasione, di convincimento, di determinazione, di eccitamento, di rafforzamento della decisione», con la precisazione che «l'opera di convincimento può consistere anche in doni, lusinghe, promesse, preghiere [...] e deve avere avuto una efficacia causale e rafforzativa della valutazione del minore» (Cass., Sez. un., 19 dicembre 2013, n. 16207, Rv. 258757; Cass., Sez. III, 18 aprile 2019, n. 26862, Rv. 276231-01).

Infine, si sottolinea, sviluppando le indicazioni contenute nella fattispecie di atti sessuali con minori, che l'esegesi della nozione di “utilizzazione” non può prescindere da una specifica riflessione sulla maturità del minore, dandosi rilievo alla distinzione tra minore infra-quattordicenne, ultra-quattordicenne ma infra-sedicenne, e ultra-sedicenne, correlata all'indubbia gradualità del suo sviluppo psico-fisico<sup>17</sup>.

5. *Cosa legittima il consenso del minore?*<sup>2</sup> Ancorché si tratti di un percorso irto di ostacoli è comunque possibile che si pervenga a ritenere che difetti la condotta di utilizzazione tutte le volte che si sia in presenza, tendenzialmente, di un valido ed autonomo consenso del minore che abbia compiuto quattordici anni.

Sul punto le sezioni unite non sembrano avere dubbi, in quanto, dopo aver asserito che il consenso del minore all'atto sessuale non include di per sé anche quello alla registrazione dell'attività o alle riprese di carattere intimo di natura pornografica, sottolineano che tale attività, pure riconducibile all'autonomia sessuale del minore, rappresenta un *quid* che si aggiunge all'atto sessuale e per il quale è necessario che il minore esprima il proprio consenso, consapevole, libero e scevro da influenze da parte dell'adulto.

Altresì si puntualizza, così delineando un argine rispetto a possibili eventi del futuro, che il consenso del minore deve necessariamente avere riguardo anche alla successiva conservazione delle immagini da parte di chi le ha realizzate

---

<sup>17</sup> Si rileva, inoltre, che proprio per rafforzare la tutela del minore infrasedicenne, il legislatore, recependo le indicazioni delle Convenzioni internazionali, ha introdotto una specifica disposizione di “sbarramento” finalizzata a prevenire iniziative rivolte al coinvolgimento del minore stesso nei contesti della pornografia e della prostituzione minorile. Si tratta dell'art. 609-undecies cod. pen. (Adescamento di minorenni) che recita: «Chiunque allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 600, 600-bis, 600-ter e quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater, l, 600-quinquies, [...] adesci un minore di anni sedici, è punito [...]».

In merito cfr. BRASCHI, *Il reato di adescamento di minorenni. Problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2021, 3; SALVADORI, *L'adescamento di minori*, Torino, 2018; BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, 2019. Per una panoramica degli attuali strumenti di contrasto ai reati di pedopornografia e adescamento online SALLAROLI-LOMBARDO-GHIRARDI, *Pedopornografia e reati in ambito sessuale*, in *Diritto penale dell'informatica*, a cura di Parodi-Sellaroli, Milano, 2020.

nell'ambito della relazione o del rapporto. In caso contrario il fatto assume autonoma rilevanza penale, in primo luogo, ai sensi dell'art. 167 d.lgs. 2003 n. 196.

Posta la premessa di una possibile rilevanza del fatto ai sensi della normativa sulla protezione dei dati personali, le sezioni unite rilevano che il mancato accordo del minore alla conservazione delle immagini si ripercuote anche sulla valutazione in ordine alla “utilizzazione” del medesimo. In particolare, esso inficia l'iniziale consenso di quest'ultimo alle riprese, in quanto subordinato ad una sua qualificante condizione, intesa a neutralizzare il rischio, insito nella conservazione delle immagini, di una loro successiva diffusione<sup>18</sup>.

6. *Quid della divulgazione e detenzione di materiale pedopornografico realizzato senza l'utilizzazione di minori? (Autoproduzione e consenso del minore).* L'approdo delle sezioni unite rende necessario soffermarsi sui rapporti tra il reato di produzione di materiale pedopornografico ed i residui reati, contenuti

---

<sup>18</sup> Si rileva in dottrina come il problema di fondo della pornografia minorile è sempre stato il trattamento della pornografia c.d. domestica, vale a dire di quel materiale che viene realizzato e/o diffuso non solo e non tanto in assenza di scopi sessuali ma piuttosto in mancanza di una strumentalizzazione del minore, come per esempio avviene allorquando vi sia il consenso del minore alla produzione e/o alla diffusione oppure il materiale sia stato prodotto addirittura dallo stesso minore. In merito, BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28 giugno 2022. In particolare, l'autore osserva che lo specifico ambito della pornografia minorile registra un andamento per l'appunto di progressiva dilatazione della fattispecie, per cui ogni sentenza delle Sezioni Unite segna un'estensione dell'ambito applicativo, accompagnata però dalla fissazione di un paletto, destinato poi ad essere travolto dalla sentenza successiva. In particolare, nella prima sentenza del 2000, nel negare rilevanza alla finalità di lucro sulla quale si basava l'orientamento consolidato precedente, le Sezioni Unite hanno richiesto il requisito del pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto. Nella seconda sentenza del 2018, invece, da un lato, si è affermata l'irrelevanza del pericolo concreto di diffusione, dall'altro lato, però, si è precisato che l'utilizzazione del minore, da accertare di volta in volta in concreto, circoscrive l'area del penalmente rilevante, perché presuppone la ricorrenza di un differenziale di potere tra il soggetto che realizza le immagini e il minore rappresentato, tale da generare una strumentalizzazione della sfera sessuale di quest'ultimo. Infine, nella terza sentenza del 2022 si compie una dilatazione ulteriore, per cui, se, da un lato, si ribadisce che può esserci “utilizzazione” del minore anche quando c'è il suo consenso, purché si riscontri una strumentalizzazione in concreto, dall'altro lato si afferma che il concetto di materiale pornografico è diverso a seconda che si applichi il primo comma (produzione) oppure quelli successivi (in particolare cessione e diffusione), con la conseguenza che in queste ultime ipotesi il materiale pornografico non necessiterebbe di una strumentalizzazione del minore. Sul punto specifico, si veda oltre.

negli articoli 600 ter e 600 quater, in cui sono contemplate condotte di diffusione, cessione e detenzione di quel materiale assunto ad oggetto della condotta di sua produzione e realizzazione.

Inutile girarci attorno: si tratta di capire se realmente i suddetti reati si realizzino per la messa in circolazione o detenzione di materiale “contaminato” dalla sua genesi (utilizzo di minori) oppure per il sol fatto del suo contenuto (pedopornografico). Ed è evidente come la seconda opzione introduca un elemento di asimmetria nel complessivo dispositivo di tutela, in quanto isola la fattispecie di cui al primo comma dalle residue fattispecie e rende queste ultime del tutto indipendenti dalla sua avvenuta integrazione, così da renderle in sostanza equipollenti a figure criminose che contemplano e puniscono, puramente e semplicemente, la messa in circolazione e la detenzione di materiale che abbia contenuto pedopornografico.

Si comprende, quindi, come la soluzione non possa che dipendere dal modo in cui sono costruite le pertinenti norme incriminatrici, con specifico riguardo ai connotati che debbono contrassegnare l’oggetto delle vietate divulgazioni e detenzioni.

Il quadro normativo è così congegnato:

- a) Vi è una prima fattispecie incriminatrice che, come già osservato, contempla, per quanto di specifico interesse, la realizzazione di materiale pornografico “*utilizzando minori di anni diciotto*” (primo comma, articolo 600 ter c.p.).
- b) Indi seguono previsioni incriminatrici che contemplano e sanzionano le condotte di distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta e cessione del “*materiale pornografico di cui al primo comma*” (commi 2 e 3 dell’articolo 600 ter).
- c) Infine vi è la previsione (600 quater) che contempla e sanziona le condotte di chi consapevolmente si procuri e detenga “*materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto*” (comma 1) e di chi, attraverso percorsi telematici o con altro “mezzo di comunicazione” acceda intenzionalmente e senza giustificato motivo a “*materiale*

*pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto (terzo comma).*

7. *La tesi del collegamento tra il reato di produzione di materiale di pornografia minorile e quelli di sua divulgazione e detenzione.* A fronte di tale contesto normativo vi è una prima tesi, specificamente formulata con riguardo alle ipotesi di autoproduzione del materiale pornografico da parte del minore, secondo cui vi è una essenziale correlazione tra la fattispecie del primo comma dell'articolo 600 ter e quelle contemplate dai commi successivi.

L'argomentazione ha cadenze indubbiamente lineari e muove dalla premessa secondo la quale, affinché la produzione del materiale di pornografia minorile sia punibile, è necessario che essa sia ascrivibile ad un soggetto diverso rispetto al minore "utilizzato" e "rappresentato".

Su tale premessa si innesta l'affermazione che se viene a mancare questa condizione di "alterità", come nel caso in cui il materiale sia realizzato dallo stesso minore - in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto -, non sussisterà, in primo luogo e per difetto di un essenziale elemento costitutivo, il reato di cui al primo comma dell'articolo 600-ter c.p.

Per la medesima ragione, ed alla luce dell'esplicito rinvio al materiale pornografico di cui al comma 1, non potranno delinearci, si conclude, le fattispecie di divulgazione e cessione di cui ai successivi commi 2 e 3 del medesimo articolo 600-ter. Il rinvio contenuto nei commi 2 e seguenti dell'art. 600-ter al "*materiale pornografico di cui al comma 1*", starebbe infatti a designare la necessità che l'oggetto materiale di tutte le fattispecie descritte della norma consista in documentazioni ed immagini pedopornografiche realizzate da un soggetto diverso dal minore coinvolto e rappresentato. Il che, proiettato in più ampio ambito, sta a significare che analoga conclusione si impone nel caso in cui, pur sussistendo il requisito della alterità, manchi la condotta di utilizzazione del minore<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> In una non recente sentenza (Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675) la corte di cassazione ha fornito proprio la interpretazione sopra indicata, disattendendo la diversa ricostruzione proposta dai motivi di appello della pubblica accusa, la quale, confutando quanto attestato dal giudice di merito, rilevava come il presupposto dell'utilizzazione del minore sarebbe necessario solo nella fattispecie del primo comma

In altri termini, in tale impostazione l'intero dispositivo di repressione penale della pedopornografia presuppone sempre la sussistenza di due persone, l'autore e la vittima, nel senso che "l'utilizzazione" a monte del minore costituisce il presupposto necessario di tutte le sotto-fattispecie che concernono i fatti di divulgazione-cessione e detenzione, le quali integrano il presidio di chiusura del quadro di tutela predisposto dal legislatore e che, in quanto tali, trovano il proprio fondamento in materiale ottenuto mediante la "utilizzazione" del minore di cui al primo comma del citato articolo 600-ter codice penale.

Tali conclusioni, secondo i giudici di legittimità<sup>20</sup>, trovano il loro avallo anche nella interpretazione teleologica delle norme in esame, posto che l'obiettivo del legislatore, dichiarato nell'art. 1 della Legge n. 269 del 1998, è quello di tutelare i fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale.

Di conseguenza l'utilizzo di queste fattispecie incriminatrici per punire la produzione e diffusione di materiale auto-prodotto, scevro da qualsiasi forma di strumentalizzazione del minore a monte, non risponderebbe agli obiettivi che il legislatore si era prefissato<sup>21</sup>.

8. *La tesi della autonomia delle condotte di divulgazione e detenzione di materiale di pornografia minorile.* In diversa impostazione, fatta propria in dottrina e inizialmente nella giurisprudenza di merito, si è rilevato che la interpretazione logica delle norme di cui agli articoli sopra indicati richiede di operare una "scissione" fra il primo comma dell'art. 600-ter c.p. e le condotte disciplinate dai commi successivi del medesimo articolo e dall'articolo 600 quater del

---

dell'articolo 600-ter c.p., mentre l'oggetto materiale delle ulteriori fattispecie descritte dall'art. 600-ter sarebbe sic et simpliciter materiale pornografico riprodotto da minori. E del pari basterebbe la detenzione di tale materiale ad integrare il diverso e residuale reato di cui all'articolo 600-quater c.p.

<sup>20</sup> Condivide tale impostazione Cass., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 34357, Rv. 270719.

<sup>21</sup> In tal senso si è espressa anche la importante sentenza n. 13/2000 delle Sezioni Unite della Cassazione, che la decisione del 2016 sopra indicata ha richiamato per sottolineare il ruolo sostanziale rivestito dal presupposto dello "sfruttamento" del minore (ora "utilizzazione").

codice penale, così da ascrivere solo al reato di cui al primo comma dell'articolo 600-ter la necessità che il materiale pornografico sia prodotto da un soggetto diverso dal minore rappresentato e "utilizzando" quest'ultimo.

Tale necessità non sussisterebbe, per contro, con riguardo alle altre ipotesi criminose, in cui assumono esclusivo rilievo le caratteristiche delle immagini e la tipicità delle condotte. Con la conseguenza che le fattispecie di reato si realizzeranno per il sol fatto che la condotta abbia ad oggetto materiale pedopornografico e senza che svolga alcun ruolo la circostanza se l'immagine e la foto siano state realizzate direttamente dal minore rappresentato o da altri per effetto del suo valido ed efficace consenso.

A sostegno di tale interpretazione si è osservato come essa: sia maggiormente conforme alla ratio della tutela predisposta dal legislatore, ossia la necessità di garantire una protezione "onnicomprensiva" del minore, attraverso l'incriminazione di qualsiasi condotta connessa ad immagini pedopornografiche; abbia anche un fondamento logico, poiché le condotte disciplinate dal secondo comma (e seguenti) dell'art. 600-ter c.p. e quella dell'articolo 600-quater sono, temporalmente e materialmente, lontane dal primo fatto di produzione del materiale<sup>22</sup>.

*9. La specifica soluzione fornita dalla recente decisione delle sezioni unite.* Possiamo sin da ora rilevare come la tesi che esige la ineludibile diversità tra minore rappresentato nel documento pornografico e soggetto che, utilizzando il minore, realizza tale documento presenti degli inconvenienti.

Se da un lato è vero che in tal modo si evita di riscontrare un grave reato nel fatto di chi riceva e custodisca nel telefonino la foto sessualmente esplicita realizzata ed inviata da un minorenne, dall'altro lato rimane privo di adeguata risposta penale<sup>23</sup> il comportamento di tutti coloro che, ricevuta in contesto di intimità la foto, non importa se dall'autore del selfie o dai precedenti destinatari, la facciano circolare e così inneschino un circuito di ulteriori divulgazioni,

---

<sup>22</sup> Cass., Sez. III, 21 novembre 2019, n. 5522 del Rv. 278091; Cass., Sez. III, 11 giugno 2021, n. 36198, Rv. 281972-01. In merito, ROSANI, *Cessione di immagini pedopornografiche*, cit.

<sup>23</sup> Prescindiamo per il momento dalla possibile rilevanza nel quadro della fattispecie di diffusione di immagini sessualmente esplicite.

molto distanti da quello, apparentemente innocuo, in cui essa è stata realizzata e gestita.

Si spiega quindi la riluttanza a condividere tale recente approccio giurisprudenziale ed il conseguente tentativo di operare una distinzione tra i diversi reati di pornografia minorile, richiedendosi la alterità tra minore ed autore<sup>24</sup> solo per il reato di produzione di pornografia minorile ed ipotizzandosi che già il reato del comma 2 (commercio) si appaghi del fatto oggettivo che si tratti di materiale pedopornografico (si pensi al tizio che, ricevuto il selfie e, constatone l'elevato valore per gli utenti di tale squallido settore, lo metta in vendita).

La questione sopra delineata ha trovato posto, proiettata in più ampio contesto e non più correlata alla esclusiva ipotesi dell'autoproduzione di materiale pedopornografico, nella già citata recente sentenza delle sezioni unite, in cui si è esaminato l'interrogativo se e in che misura possa assumere ulteriore rilievo, nel quadro delle figure criminose di cui agli articoli 600 ter, commi 2, 3 e 4, c.p., il fatto che il minore abbia espresso il proprio consenso alla realizzazione del materiale pornografico contenente sue immagini e tale consenso abbia escluso la tipicità del reato di cui al primo comma del predetto articolo.

Ed in tale prospettiva si evidenzia, con approccio che in qualche modo preannuncia la soluzione, che il riferimento contenuto in ciascuno dei citati commi al "materiale di cui al primo comma" potrebbe lasciare intendere che il divieto di commercializzazione, distribuzione, divulgazione, diffusione, cessione, ecc. non possa essere esteso al materiale realizzato nell'ambito della "pornografia domestica" e, più in generale, nell'ambito in cui non si ravvisi il reato di realizzazione di materiale di pornografia minorile.

Poste tali coordinate, le sezioni unite affermano chiaramente come la suddetta esegesi non possa condividersi.

Si richiamano, in primo luogo, sia l'art. 5 della Direttiva 2011/92/UE che, nel prevedere il divieto di circolazione, fa riferimento unicamente al materiale pornografico prescindendo dalle modalità della sua realizzazione sia l'art. 612-ter cod. pen. - introdotto dalla legge 19 luglio 2019 n. 69 - che, per la cessione a

---

<sup>24</sup> O l'equipollente contegno di utilizzazione.

terzi di immagini o video sessualmente espliciti, prescindendo anch'esso dalle modalità di realizzazione.

Indi si afferma come sia indubbio: a) che la tipologia del materiale cui si intende fare riferimento nei commi 2, 3 e 4 consista in quella definita dal comma 7 dell'art. 600-ter cod. pen.; b) e che concetto di "pornografia domestica" richieda che il materiale realizzato sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto.

Ne deriva che tale materiale *«non può mai, dunque, essere posto in circolazione»*.

L'asserzione viene sviluppata rilevando che, *se tale ultima condizione si avvera, il minore, ancorché non "utilizzato" nella fase iniziale, deve essere ritenuto strumentalizzato, come evidenziato anche in dottrina, successivamente, e, cioè, nella fase di cessione o diffusione delle immagini. E, dunque, il materiale realizzato, se posto, in circolazione, deve essere ritenuto - indipendentemente dal momento della realizzazione e da chi ne procuri la diffusione - prodotto attraverso la "utilizzazione" del minore.*

Da ciò la ulteriore esplicitazione, intesa a stabilire le connessioni tra messa in circolazione del materiale e i distinti reati di cui all'articolo 600 ter. In particolare, si afferma che *«Questa ricostruzione comporta che, se la circuitazione del materiale abusivamente prodotto è contestuale o, comunque, anche se successiva, sin dall'inizio voluta da chi lo ha realizzato, ricorre senz'altro la fattispecie del comma primo dell'art. 600-ter cod. pen. Se, invece, la circolazione del materiale è frutto di successiva determinazione di chi lo ha creato, dovranno trovare applicazione i commi seguenti dell'art. 600-ter cod. pen.»*. E ciò in quanto va escluso che possa rivivere la disposizione del comma primo, in quanto si tratterebbe di restituire tipicità ad una condotta che tipica non era al momento della realizzazione del materiale.

Per le sezioni unite, quindi, l'art. 600-ter cod. pen. è articolato su una pluralità di fattispecie incriminatrici indipendenti l'una dall'altra ed ordinate secondo una scala di disvalore decrescente, nel senso che l'incriminazione di una condotta è subordinata alla circostanza che essa non integri già di per sé reato in

base alle fattispecie previste nei commi precedenti. Lo stesso meccanismo regola la norma di “chiusura” dell’art. 600-quater cod. pen.<sup>25</sup> rispetto all’art. 600-ter cod. penale.

La circostanza che colui che realizza il materiale non debba rispondere del reato del comma primo implica quindi l'imputazione di responsabilità per i commi successivi, in quanto la clausola di esclusione dell'incipit dei commi terzo e quarto «al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma» vale solo nel caso in cui il produttore sia concretamente punibile<sup>26</sup>.

Diversamente argomentando, si sottolinea, verrebbe completamente frustrata la finalità di fondo del sistema articolato sugli artt. 600-ter e quater cod. pen., che persegue la tutela del minore attraverso un meccanismo che condensa l'intero spettro delle condotte punibili, che vanno dalla produzione alla detenzione del materiale realizzato, senza vuoti di tutela, ed è basato sull'assorbimento delle ipotesi meno gravi in quelle di maggiore gravità.

Di conseguenza, sottolineano le sezioni unite, se il minore mette in circolazione il materiale realizzato, da lui o con il suo consenso, egli sarà responsabile dei pertinenti reati, posto che l'art. 600-ter cod. pen., per tutte le ipotesi regolate ai commi terzo e quarto, fa indistintamente riferimento a “chiunque” e non consente, dunque, di operare distinzioni tra minore e adulto<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Entra quindi in scena anche il reato di detenzione di materiale pedopornografico.

<sup>26</sup> Rilevano le sezioni unite (paragrafo 9.3 del “considerato in diritto”) che la responsabilità dell'adulto per la successiva diffusione del materiale resterà esclusa solo per eventi imprevedibili a lui non imputabili e solo nel caso dimostri di avere adottato le necessarie cautele per scongiurarla o di non averla potuto impedire. Il rilievo sembra dire più di quanto imposto dal coerente sviluppo delle premesse e dalla natura dolosa delle fattispecie incriminatrici che vengono in rilievo. Si è infatti, rilevato, ROSANI, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la “pornografia minorile domestica”: pensieri critici*, cit., come tale affermazione sembri richiedere di punire in forza dei reati (dolosi) di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 600 ter pure colui che abbia dato adito alla diffusione del materiale pornografico con un comportamento tutt'al più colposo. Medesimo rilievo critico sviluppa BERNARDI, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della “pedopornografia domestica” ai sensi dell'art. 600-ter c.p.*, cit.

<sup>27</sup> Rileva ROSANI, *op. ult. cit.*, che tramite questa affermazione pare che le Sezioni unite abbiano voluto attribuire rilevanza penale a talune condotte di sexting, in cui il minore invia a terzi, con cui (ancora) non intrattiene una relazione sentimentale, i propri scatti intimi. Si specifica come molto spesso, tuttavia, a venire diffusi siano materiali autoprodotti. Qualora tramite il divieto assoluto di diffusione si intenda tutelare un interesse collettivo (che si oppone alla circolazione di materiali pedopornografici, a prescindere dalla loro origine), la risposta dovrebbe essere affermativa: la diffusione di immagini pedopornografiche, pur realizzate lecitamente, dovrebbe essere sempre vietata, essendo irrilevante che l'autore mate-

Non rileva, quindi ed infine, la eventualità che la divulgazione del materiale provenga o sia comunque assentita dal minore, il quale, proprio perché non dispone di quel livello di maturità che gli consenta una valutazione davvero consapevole in ordine alle ricadute negative della mercificazione del suo corpo, non può mai prestare validamente consenso alla circolazione del materiale realizzato.

10. *Qualche ulteriore osservazione.* Rileviamo in prima battuta che non pare che le sezioni unite abbiano approfondito<sup>28</sup> la questione se si realizzi, sempre ed ineludibilmente, il reato di cessione di materiale pedo-pornografico anche nel caso in cui, al di fuori di qualsiasi contesto di indiretta “utilizzo” del minore, a realizzare ed inviare il materiale pornografico sia lo stesso minore che vi è rappresentato, che ipotizziamo idoneo ad esprimere un valido consenso agli atti sessuali ed altresì in possesso della capacità di intendere e volere fonte di imputabilità ex articolo 98 c.p.

E del pari non sembra che si siano puntualmente soffermate, proprio nella prospettiva dei rapporti con il reato di realizzazione di materiale porno con utilizzo di minori, sulla non perfetta coincidenza tra l’oggetto materiale delle varieghe fattispecie di divulgazione e cessione di materiale pedopornografico (art. 600 ter commi 3 e 4) e quello della residuale fattispecie di detenzione del suddetto materiale (600 quater).

---

riale di esse sia un terzo oppure il minore stesso. In quest’ultimo senso, BIANCHI, *I confini della repressione penale*, cit. Rispetto a siffatta conclusione esprime comunque forti riserve ROSANI, il quale si chiede se il diritto penale sia lo strumento opportuno a prevenire e reprimere tali condotte. Incriminare il minore di diffusione di materiali pedopornografici per aver diffuso proprie immagini intime non pare infatti coerente né con le indicazioni internazionali, le quali richiedono che il diritto penale venga utilizzato nei confronti del minore soltanto quale *extrema ratio*, né, a maggior ragione, con i principi di sussidiarietà penale e meritevolezza di pena. In senso critico si è altresì espresso MINNELLA, *La diffusione verso terzi del materiale*, cit., il quale rileva che la esegesi accreditata dalle sezioni unite del 2022 smentisce la logica di gravità scalare delle ipotesi delittuose descritta dall’articolo 600-ter del codice penale. Non si comprende, si sottolinea, come il consenso del minore, da un canto, possa far chiudere l’ombrello applicativo del primo comma, quindi della ipotesi di reato più grave di produzione del materiale pornografico; dall’altro, irragionevolmente, riaprire l’ombrello della punibilità - non potendo stavolta il consenso avere valenza scriminante - con riguardo alla più tenue condotta di divulgazione.

<sup>28</sup> Ci sembra, infatti, che sul punto specifico la motivazione sia particolarmente assertiva.

Si è già segnalata la differenza che intercorre tra i reati di cui sopra: nel primo gruppo si sanzionano le condotte di distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta e cessione del “*materiale pornografico di cui al primo comma*” (commi 2 e 3 dell’articolo 600 ter); nella fattispecie residuale si contempla e sanziona la condotta di chi consapevolmente si procura e detiene “*materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto*” (comma 1) e di chi, attraverso percorsi telematici o con altro “mezzo di comunicazione” acceda intenzionalmente e senza giustificato motivo a “*materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto*”(terzo comma).

Alla luce di tale diversità di formulazione potrebbe sembrare difficilmente contestabile che almeno la previsione del 600 quater trovi il proprio presupposto di configurabilità nella realizzazione del reato di cui al primo comma dell’articolo 600 ter; e che non possa quindi delinearci nella ipotesi in cui manchi siffatta utilizzazione: e cioè, ed in primo luogo, quando la detenzione del materiale pedopornografico trovi il proprio antecedente causale in un fatto di auto-produzione del medesimo, in contesto privo di qualsiasi altrui strumentalizzazione e generato dalla iniziativa, ribadiamo, di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e che sia culminata nella cessione, sempre ad opera del minore coinvolto, a soggetti rispetto ai quali, per assenza delle situazioni di rapporto qualificato indicate nella previsione dell’articolo 609 quater, non si ponga alcun problema di diretta o indiretta sua manipolazione.

Stando alla decisione delle sezioni unite, si ribadisce, i variegati reati di esternalizzazione del materiale pedopornografico, di cui ai commi 2, 3 o 4 dell’articolo 600 ter assumono rilevanza a prescindere dalla esistenza del reato di realizzazione del suddetto materiale ed anche nella ipotesi in cui vi abbia provveduto il minore che abbia validamente consentito alla realizzazione, ad opera di un terzo, del materiale che lo raffigura.

E ciò sulla base del rilievo che in nessun modo il minore può consentire alla messa in circolazione del materiale pedopornografico o provvedervi autonomamente. Ciò in quanto siffatto consenso, se può delinearci con validità ed efficacia rispetto alla concretezza della singola e circoscritta vicenda di atti sessuali e sua eventuale riproduzione, non è però in grado di proiettarsi nel futuro

della esperienza di vita del minore e di radicarsi quindi sulla consapevole e matura valutazione di tutte le sue possibili varianti.

Per la sua età e la personalità ancora in formazione, il minore, non più fanciullo ma ancora non adulto, va quindi tutelato contro il rischio che in tale delicata ed essenziale fase del suo percorso di crescita si realizzino eventi che, per la loro conformazione e la idoneità a raggiungere aree vastissime di soggetti, ne possano pregiudicare l'armonico e sano sviluppo. Parrebbe, quindi, che il minore venga tutelato anche da sé stesso: tutelato al punto da renderlo penalmente responsabile di un fatto che è reato perché pregiudica un suo specifico interesse.

Il che ha il senso di accreditare, ancorché non puntualmente sottolineato, un più ampio dimensionamento dell'oggettività giuridica dei reati di esternazione, i quali, proprio perché riscontrabili anche nella iniziativa del minore coinvolto nella immagine pornografica, proiettano la loro efficacia di tutela su interessi che vanno oltre quello del singolo minore ed abbracciano la indistinta platea dei minori di età, tutti offesi da un fatto di divulgazione di immagini in grado di alimentare il mercato della pedofilia e quindi risolversi in una spada di Damocle su ciascuno di essi<sup>29</sup>.

Al fondo di tali norme incriminatrici viene quindi riscontrata una necessità di tutela di un interesse in cui campeggiano connotati di rilevanza pubblicistica, talmente intensi da profilarsi come indisponibili ad opera del minore, contrariamente a quanto accade nella fase di realizzazione del materiale pornografico e di sua gestione all'interno del circoscritto ambito di sua produzione.

Se poi questo differenziato e ampio interesse tutelato sia da ascrivere alla sospetta categoria della moralità pubblica o ad un interesse di prospettica tutela della personalità e sana crescita dei minori, è questione che, pur potendo delinearsi, ha natura prevalentemente qualificatoria, che nulla toglie alla sostanza

---

<sup>29</sup> Nella relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo Servizio Penale della Corte di cassazione in merito alle innovazioni apportate dalla legge 23 dicembre 2021, n. 238. (Relazione 20/2022 Roma del 21 marzo 2022) si sottolinea che la punizione del detentore di materiale pornografico si giustifica non solo perché egli, fruendo del prodotto di un'attività illecita, stimola quella stessa attività, ma anche perché, a differenza del mero spettatore, colui che detiene materiale pedopornografico può divenire un autonomo centro di diffusione e così porsi a lato dell'offerta, contribuendo direttamente ad espandere il mercato della pornografia minorile, con conseguente pericolo per altre future vittime.

di cui tale interesse è intessuto e al suo profilarsi nei termini di presidio di protezione dei minori, di tutti i minori, dal rischio di essere coinvolti nel famelico circuito della pedofilia.

E quindi, coerentemente al lessico impiegato dalle fattispecie in raffronto, si viene a delineare un quadro riassuntivo in cui:

- a) Il reato di realizzazione di materiale pedopornografico può essere escluso dal consenso del minore, in quanto può accadere che questi sia in grado di partecipare con consapevolezza ad esperienze di intimità affettiva e consentire di lasciarne traccia su supporti adeguati a tale obiettivo, generando il venir meno della tipicità del reato.
- b) L'irrelevanza penale si giustifica perché il contesto in cui l'atto si realizza è chiuso, o comunque circoscritto, e si correla alla esplicazione della propria libertà di autodeterminazione sessuale, autonomamente esercitata in difetto di qualsiasi pressione o lusinga. Si giustifica ed in esse trova il proprio limite, che quindi è superato quando il fatto si proietta oltre la dimensione in cui si è realizzato.
- c) Gli altri reati (divulgazione, distribuzione cessione, etc.) non sono esclusi dal consenso del minore e si inverano nel fatto di chiunque, "al di fuori delle ipotesi di cui al primo comma" (e cioè al di fuori della utilizzazione di minori) consenta ad altri, in vari gradi di intensità e misura, di disporre del "materiale pornografico di cui al primo comma". E qui il "chiunque", se non può essere colui che ha, utilizzando il minore, realizzato il reato di cui al primo comma (post fatto non punibile), di certo può identificarsi in coloro che quel materiale abbiano realizzato (adulto e minore validamente consenziente) pur senza integrare gli estremi del pertinente reato;
- d) La condotta tipica dei reati di esternazione è autonoma rispetto al reato di realizzazione di materiale pedopornografico, è radicata sull'obiettivo contenuto pedopornografico del materiale ed è impermeabile alla scriminante del consenso dell'avente diritto: in parte perché l'interesse tu-

telato ha plurimi titolari; in parte residua perché uno dei titolari (il minore raffigurato) non ha la maturità che è necessaria per poterlo validamente esprimere.

11. *Se e quando il reato di detenzione di materiale pedopornografico sia ipotizzabile anche nella ipotesi in cui la realizzazione del materiale non configuri il reato di cui all'articolo 600 ter primo comma c.p.* Evidente, però, come tale costruzione debba fare i conti con la previsione di cui all'articolo 600 quater, che prevede come reato la detenzione di materiale realizzato “utilizzando minori” e che non ci sembra coprire l'ipotesi in cui:

- 1) Sia il minore ad avere, dopo il valido consenso alla realizzazione, diffuso ad altri soggetti, anche indirettamente e per il tramite di soggetto “altro”, ciò che è stato realizzato. In tal caso non vi è alcuna utilizzazione del minore, che altro non fa che “utilizzare sè stesso”.
- 2) Sia il minore ad avere autonomamente realizzato e inviato ad altri il materiale. Anche in questo caso non vi è alcuna utilizzazione di minori.

Indubbiamente si pone un problema, perché l'assetto sopra delineato è ben diverso da quello che si realizza quando il materiale, prodotto con il consenso del minore o autonomamente realizzato dal minore, sia arbitrariamente messo in ulteriore circolazione da altri soggetti, che possono essere sia coloro con i quali il minore lo ha condiviso, sia coloro che, benché in un contesto non penalmente rilevante, lo abbiano realizzato; ed in ipotesi approdi al detentore finale, che chiude la catena e si limita a detenere.

Solo in tali ultimi casi, infatti, il rapporto di detenzione concerne un oggetto che costituisce la materia dei reati di esternazione del materiale pedopornografico, il quale, ancorché realizzato in un contesto privo di rilevanza penale, si è strada facendo arricchito di componenti che ne hanno determinato la sua successiva rilevanza, per il tramite di una condotta di divulgazione delle immagini che nella sostanza, perdendo il necessario contatto con la originaria esperienza di “sessualità domestica”, si è risolta in una arbitraria utilizzazione del minore.

Pur in tale variegato scenario è comunque possibile isolare le situazioni in cui vi sia solo ed unicamente un rapporto tra il minore, unico o consensuale concorrente “fattore” del materiale e unico soggetto in esso raffigurato, ed un soggetto scelto dal minore ed esclusivo destinatario del frammento di esperienza intima raffigurata nell’immagine.

Insomma si sceglie qualcuno, lo si ritiene importante e di fiducia e se ne condivide l’intima vita di relazione, sia in contesti reali, dove il consenso può funzionare ed escludere reati, sia nel contesto virtuale, dove il medesimo consenso sorregge la scelta delle modalità in cui tale esperienza relazionale si proietta oltre la sua dimensione reale e perviene, raffigurata e custodita nel supporto prescelto, al soggetto con cui tale esperienza è stata fisicamente condivisa o al soggetto, anche altro e fatta salva la rilevanza penale di una parziale arbitraria rivelazione<sup>30</sup>, con il quale si intende viverla in tale peculiare forma e modalità<sup>31</sup>. Si è quindi in presenza di uno scenario in cui trova attuazione il principio ricavabile della previsione dell’articolo 609 quater c.p., per effetto del quale in capo al soggetto che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età sussiste un vero e proprio diritto, salvo i più volte segnalati limiti desumibili sempre da tale previsione, al compimento di atti sessuali, le cui modalità di realizzazione possono ampliarsi sino a comprendere anche la ipotesi di condivisione di immagini sessualmente esplicite<sup>32</sup>.

Il diritto alla libera esplicitazione delle proprie esperienze di intimità sessuale può, cioè, esercitarsi anche nelle forme consentite dagli strumenti di comunicazione e condivisione a distanza, in cui l’interazione avvenga senza la contestuale presenza fisica del partner e sia comunque una delle forme in cui si può declinare ed attuare la sessualità.

---

<sup>30</sup> Ad esempio, nel caso l’immagine concerna anche altri soggetti, in origine parti dell’esperienza sessuale che ha coinvolto il minore. In merito si veda oltre, con riguardo al reato di cui al 612 ter c.p.

<sup>31</sup> Ipotizziamo anche che sia davvero eccezionale, e quindi non la prendiamo in esame, la ipotesi di scaltri minori, magari prossimi alla maggiore età, che realizzino proprie immagini porno e le inseriscano, quale visibile appeal, in vari siti di sessualità a pagamento.

<sup>32</sup> Rileva FALCINELLI, *op cit.*, 14-15 «come, nella circolarità del ragionamento penale, la riflessione passa il testimone all’analisi del ruolo dirimente che assume il suo consenso nella stessa definizione del bene giuridico protetto, giungendo alle soglie del discorso ora affrontato con lo sfessurare una finestra sulla più lata tematica dell’incontro e della composizione di libere determinazioni di volontà evocata dalla formula dell’assenso».

Ci sembra infatti poco congruo ritenere che si vada oltre tale ambito di legittimo esercizio della propria sessualità nella ipotesi in cui le esperienze di autoerotismo vengano immortalate su supporti variegati e condivisi tra coloro che vivono la esperienza di intimità relazionale, sia per averla condivisa nelle realtà, sia quale forma di sua autonoma realizzazione e condivisione virtuale, che ben può riguardare un nuovo partner ed a condizione che sia tale<sup>33</sup>.

In tale prospettiva, che si radica sul principio di legittima autodeterminazione sessuale e autonoma costruzione della propria identità adolescenziale, viene in rilievo, ci sembra, anche la previsione di cui al quinto comma dell'articolo 609 quater c.p., ai sensi della quale «non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni».

Quale che sia la qualificazione dogmatica di tale fattispecie, è comunque pacifico che nei predetti casi si attesti la legittimità di una esperienza sessuale che coinvolga anche un minore che abbia compiuto tredici anni, a condizione che tale esperienza si realizzi con un soggetto che non abbia più di diciassette anni<sup>34</sup>. Anche nella predetta e circoscritta evenienza viene quindi in rilievo il principio di autodeterminazione sessuale, per effetto del quale non assumono rilevanza penale gli atti di corporea sessualità e, a maggior ragione, gli atti di interazione sessuale a distanza, che possono realizzarsi confezionando immagini sessualmente esplicite e inviandole al soggetto con cui si intrattiene la relazione intima.

---

<sup>33</sup> In merito, ROSANI *op. ult. cit.*, il quale osserva come ben possano «darsi situazioni in cui la diffusione a terzi dei propri scatti intimi, da parte del minore, non corrisponda allo scenario nocivo che i giudici avevano probabilmente in mente al momento della stesura della decisione. Si pensi a un caso in cui il materiale venga offerto a un soggetto terzo rispetto alla sua produzione, ma con il quale il minore stia intrattenendo un rapporto sentimentale. In concreto, una minore che invia al fidanzato delle immagini che la ritraggono in pose lascive, realizzate l'anno precedente dal precedente compagno. Che tale condotta presenti l'offensività che il reato di cessione di materiale pornografico presuppone, pare alquanto opinabile. Al contrario, questo scenario è assimilabile a quello trattato dalla sentenza, caratterizzato dallo scambio di immagini intime all'interno di un contesto privo di abusività. Fatta salva l'esigenza di un rigoroso esame di tali condizioni, meglio sarebbe far rientrare pure tale condotta nell'autonomia sessuale della giovane».

<sup>34</sup> O comunque abbia una differenza di età non superiore a quattro anni.

Sicché il confine rispetto al penalmente rilevante<sup>35</sup> viene ad essere rappresentato proprio dall'esercizio della libertà di autodeterminazione sessuale, nel cui ambito produzione e "gestione" del materiale che raffigura e in qualche modo perpetua la esperienza intima divengono parte di quella esperienza e ne replicano gli aspetti di legittimità, con la conseguenza che non assume rilevanza penale la condotta del partner che quel materiale invia e del partner che lo riceve e si limiti a ricevere e custodire.

12. *Riepilogo su quando esternazione e detenzione assumono rilevanza penale.* Qui entra in gioco la ipotesi esegetica accreditata dalle sezioni unite, che dilata il concetto di utilizzazione del minore, lo estrapola dal chiuso della previsione incriminatrice del primo comma e lo rende immanente in ogni ipotesi, stando alla versione minimale, in cui quel materiale venga messo in circolazione al di fuori del contesto di legittimo esercizio della esperienza di sessualità privata e circoscritta.

L'utilizzazione che si delinea in siffatte ipotesi, pur non essendo in alcun modo riconducibile al medesimo concetto che figura nella fattispecie di realizzazione di materiale pornografico, rivela comunque una medesima ragione d'essere e realizza, pur con diversi antecedenti causali, la stessa offesa che si sarebbe realizzata nel caso in cui quel materiale fosse stato prodotto con lo strumentale impiego del minore.

La puntuale geografia delle fattispecie contemplate dell'intero articolo 600 ter sembra consentire tale approdo: le varie tipologie di "esternazione" del materiale pedopornografico (commi 3 e 4) configurano fattispecie residuali rispetto a quelle previste dai due commi precedenti, come esplicitato dalla clausola di esclusione posta all'inizio della previsione del comma 3, per effetto della quale sono da espungere dal novero dei soggetti attivi dei reati di divulgazione e cessione i produttori e i commercianti del materiale pedopornografico.

---

<sup>35</sup> Salva, come già accennato, la possibile rilevanza del fatto ai sensi del reato di diffusione di immagini sessualmente esplicite, per l'ipotesi in cui l'immagine porno condivisa rappresenti soggetti, sempre in età di consenso sessuale, ulteriori rispetto al soggetto che invia.

Viene quindi in rilievo la già sottolineata complessità del bene protetto dalle specifiche norme incriminatrici, che sono preordinate alla tutela dello “sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale” dei minori.

In ogni caso si mette l’accento sulla indistinta categoria dei “minori” e con ciò si evita di incentrare l’offensività delle condotte sul concreto e specifico minore che ne risulta coinvolto.

E qui precisiamo o, per essere più chiari, sveliamo un dato più volte accennato: nei reati di variegata distribuzione, cessione e detenzione rileva, ove si fuoriesca dal legittimo ambito di esercizio della autodeterminazione sessuale – *id est* sessualità domestica –, solo la oggettiva conformazione del materiale (pedopornografico).

In tale prospettiva svolge un ruolo del tutto coerente la previsione incriminatrice della pornografia virtuale, in cui, sfumato il requisito della “utilizzo di minori”<sup>36</sup>, si contemplan e sanzionano anche le condotte che abbiano ad oggetto materiale pornografico costituito tanto da immagini reali di soggetti che “sembrano” essere minorenni (ancorché effettivamente non lo siano), che da immagini “virtuali” e cioè immagini realistiche di minori inesistenti.

Nelle evenienze sopra indicate, del tutto estranee al concetto di “pornografia domestica”, l’eventuale consenso del minore non scrimina. E l’irrelevanza del consenso, pare a chi scrive, non ha nulla a che vedere con la incapacità del

---

<sup>36</sup> Con la previsione di cui all’articolo 600 quater<sup>1</sup> la rilevanza penale delle condotte contemplate nei precedenti artt. 600-ter e 600-quater viene estesa anche all’ipotesi in cui il materiale pornografico contenga «immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse». Nel comma 2 il legislatore ha definito la nozione di “immagini virtuali”, stabilendo che tali devono considerarsi quelle “realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali. Si è al riguardo rilevato come la formula legislativa risulti oltremodo oscura e ponga il problema se si sia inteso configurare una autonoma figura criminosa oppure estendere l’ambito di applicazione dei reati previsti dai due articoli precedenti, introducendo un elemento normativo che ne definisca in maniera più ampia il relativo oggetto materiale. Ad amplificare i dubbi interpretativi ha contribuito, poi, la previsione di una clausola sanzionatoria, apparentemente indicativa della volontà di configurare una autonoma fattispecie incriminatrice, la quale, però, determina la cornice edittale della pena in relazione a quelle indicate negli artt. 600-ter e 600-quater ed attraverso una formula («la pena è diminuita di un terzo») che potrebbe persino evocare l’intenzione del legislatore di prevedere una circostanza attenuante dei reati previsti nei due articoli precedenti. L’orientamento più consolidato è nel senso che si è inteso configurare una autonoma serie di delitti, con previsione sanzionatoria ad hoc, sebbene determinata per relazione, e connotata da un oggetto materiale che non si delinea come propriamente specializzante di quello che contrassegna le altre previsioni delittuose.

minore di valutarne pienamente gli effetti e le ripercussioni sulle sue prospettive di vita, bensì risiede nell'interesse tutelato dalle specifiche norme incriminatrici, che trascende il minore concretamente coinvolto nella vicenda e fa capo a tutti i minori, proponendosi di evitare che divengano preda di famelici e innaturali istinti di predazione sessuale.

E così si delinea ed emerge il dato che tiene insieme tutte le previsioni incriminatrici di cui agli articoli 600 ter, quater e quater<sup>1</sup>, il quale: a) risulta correlato alla condivisibile preoccupazione che la crescente diffusione, in specie attraverso le reti informatiche, di materiale a carattere pedopornografico possa, da un lato, contribuire ad incrementarne la domanda e dall'altro favorire l'adescaimento di minori destinati ad essere sfruttati a fini sessuali; b) spiega il perché di un intervento repressivo spinto sino al punto di reprimere comportamenti che, pur avendo ad oggetto immagini solo virtuali di minori, incontrano il favore di coloro che coltivano la pedofilia e sono pertanto idonei a alimentarne la diffusione.

Il che ha il senso di dire che l'ordinamento, quale si specchia nella norma di diritto positivo, ritiene che il percorso di formazione e maturazione degli adolescenti verso l'età adulta debba essere sgomberato da quegli ostacoli che rischiano di comprometterne il condiviso obiettivo di una sana e armoniosa crescita. Sicché diviene possibile che tra gli ostacoli da eliminare vi sia anche quello che tragga origine da iniziative dello stesso adolescente, talvolta, per gli accidenti della vita, cresciuto oltre quanto attestato dal dato anagrafico<sup>37</sup>. E diviene possibile questa sorta di paternalismo penale perché il presidio di tutela riguarda tutti i minori, da proteggere contro il pericolo di un prospettico sfruttamento sessuale certamente dagli adulti ma altresì da coloro che, pur non essendo adulti, di fatto e nella tangibile evidenza di ciò che producono, si comportano come adulti<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Si ipotizzi, come già accennato, il caso di un minore, magari prossimo alla maggiore età, che diffonda sue immagini sessualmente esplicite per catturare potenziali clienti della manifestata disponibilità ad incontri sessuali.

<sup>38</sup> Nella citata relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo Servizio Penale della Corte di Cassazione si afferma, in linea con quanto recentemente affermato nelle Sezioni Unite, che l'interesse tutelato dalle disposizioni in esame non è unicamente individuale e, cioè, circoscritto ai soli minori materialmente

13. *In merito alle difficoltà applicative del reato di “diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti” (articolo 612 ter c.p.).* I rilievi di cui sopra rendono evidente come non possa venire in rilievo, tendenzialmente, il solo reato previsto dall’articolo 612 ter del codice penale, preordinato a sanzionare l’arbitraria esternazione di immagini a contenuto sessuale<sup>39</sup>.

Tale reato, infatti, oltre a non contenere alcun riferimento ad immagini che coinvolgono minori<sup>40</sup>, è inteso a tutelare esclusivamente il soggetto raffigurato nelle immagini, il quale pertanto dispone della possibilità di assentire alla divulgazione e quindi precluderne la sua integrazione.

Nel caso di immagini concernenti minori si è invece rilevato come il divieto di circolazione miri alla tutela di un interesse più ampio di quello che fa capo al minore rappresentato, con la conseguenza che non è ammissibile che la volontà di costui possa rendere legittima ogni e qualsiasi esternazione delle immagini che lo riguardano.

In altri termini, il fatto che il minore, per avere raggiunto l’età del legittimo consenso agli atti sessuali, possa assentire alla realizzazione di immagini che lo ritraggono in atteggiamenti sessualmente espliciti non lo rende del tutto equiparabile all’adulto. Solo costui, infatti ed alla luce della fattispecie di cui all’articolo 612 ter, dispone della incondizionata possibilità di mettere legittimamente in circolazione le immagini a contenuto sessuale che lo riguardino e del

---

utilizzati, ma anche collettivo e, quindi, riferibile alla tutela di tutti i minori, anche non direttamente coinvolti posto che il legislatore ha inteso evidentemente scongiurare che i minori siano ridotti a mero strumento di soddisfazione sessuale subendo un processo trainante di avvicinamento ad un fenomeno degradante anche per effetto della “desensibilizzazione prodotta dalla visione delle immagini poste in circolazione”.

<sup>39</sup> In merito, TACCARDI, *La Cassazione di fronte al difficile inquadramento normativo del sexting (secondario) a cavallo tra le norme in materia di pornografia minorile e la nuova fattispecie di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, 3, 1626-1652.

<sup>40</sup> In senso critico rispetto alla omessa specifica considerazione dei minori, cfr. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di internet. L’art. 612-ter c.p. e l’incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2045-2090.

correlativo potere di attivare il procedimento penale per l'ipotesi che tale circolazione avvenga senza il suo consenso<sup>41</sup>.

14. *Il tempo del fatto ed il tempo dell'immagine.* Pare quindi pacifico che la oggettività giuridica dei variegati reati di proiezione esterna del materiale oggettivamente pedopornografico coinvolga un interesse più ampio di quello che fa capo al minore rappresentato e comporta di conseguenza la eventualità che i predetti reati si delineino anche nella ipotesi, diverse da quelle integranti la c.d. sessualità domestica, in cui ad integrarne la materialità sia lo stesso minore che vi è rappresentato.

Sembra altresì doverosa la conclusione che i reati predetti si realizzino anche nella evenienza in cui il minore rappresentato nella immagine, variamente configurata, abbia cessato di essere tale<sup>42</sup>.

Anzi è proprio in tale peculiare scenario che viene in rilievo la autentica oggettività giuridica dei reati di divulgazione, intesi a proteggere l'indifferenziato interesse dei minori anche nel caso in cui l'adolescente rappresentato nella immagine abbia raggiunto la maggiore età e sia pertanto del tutto in grado di comprendere il significato dell'atto che compie e le sue ripercussioni. Qui non vi è alcun interesse prospettico, cioè inerente al futuro del minore, da proteggere, bensì solo ed esclusivamente l'interesse concernente la indistinta platea dei minori.

---

<sup>41</sup> In merito, AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo Cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 20 gennaio 2020; CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2045; CALETTI, *"Revenge porn" e tutela penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 63; C. PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9; SANTORO, *Alcune considerazioni in merito ai reati di "diffusione di riprese e registrazioni fraudolente" (art. 617 septies c.p.) e "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" - Revenge porn - (art. 612 ter c.p.)*, in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it), ottobre 2019; SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020; SORGATO, *Revenge porn. Aspetti giuridici informatici e psicologici*, Milano, 2020; VALSECCHI, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2. Da ultimo, BECCARI, *Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di "revenge porn" in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale*, in *Sist. pen.*, 2022, 6.

<sup>42</sup> Per esempio, l'adulto invia immagini di quando era minore allo scopo di alimentare il mercato della pedofilia, cui può in ipotesi essere interessato per finalità di prospettico lucro.

Sembra altresì da escludere che in tali casi, ove la arbitraria divulgazione provenga da un soggetto diverso dal minore raffigurato, ormai adulto al tempo del fatto, possa venire in rilievo solo il reato di cui all'articolo 612 ter del codice penale e quindi una fattispecie procedibile a querela.

Tale rilievo, però, impone di chiedersi se ed eventualmente a che condizioni possa comunque delinarsi la applicabilità anche del reato sopra indicato, posto che la premessa da cui si muove sembra far irrompere anche una addizionale necessità di tutela, correlata all'individuale riserbo in materia di sessualità della persona la cui immagine sia stata arbitrariamente diffusa.

15. *Possibile rilevanza del reato di diffusione di immagini sessualmente esplicite (612 ter c.p.)*. Si è visto in precedenza come esista uno spazio in cui la circolazione di materiale riproducente minori in atti sessuali è parte costitutiva della sfera di garantita e libera esplicazione della libertà sessuale e presidiata dal medesimo statuto di irrilevanza penale che contraddistingue, ai sensi delle previsioni dell'articolo 609 quater, l'esercizio di siffatta libertà.

E si è visto come la realtà dell'esperienza sessuale segni i limiti di proiezione della sua, per così dire, documentazione e circolazione: il tutto deve rimanere nell'ambito dei soggetti coinvolti nell'esperienza di intimità relazionale.

Riprendiamo, per concludere, l'interrogativo di cosa accada se uno dei soggetti valichi quei confini e divulghi il materiale a contenuto sessuale negli ambiti e con le modalità contemplati dalle fattispecie incriminatrici di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 600 ter.

L'alternativa è se ricorrano soltanto i reati, confezionati ad hoc a tutela di tutti i minori, previsti dai più volte citati commi 3 e 4 del 600 ter e 600 quater; oppure possa delinarsi uno spazio per la concorrente applicazione del reato di diffusione illecita di immagini sessualmente esplicite (articolo 612 ter c.p.), radicato sulla mancanza di consenso a tale diffusione da parte del soggetto rappresentato, che di certo può essere un minore provvisto di pertinente autodeterminazione.

Ci sembra al riguardo che la eventuale mancanza del predetto consenso, siccome attinente ad immagini a contenuto sessuale che coinvolgono un minore

sessualmente capace, faccia venire in rilievo una necessità di tutela ulteriore, che, come già accennato, riguarda soltanto il soggetto che è raffigurato nella immagine.

Viene quindi in rilievo una componente ibrida del consenso del minore sessualmente capace: tale consenso non può rendere lecita la circolazione del materiale che lo riguarda al di fuori del contesto di domestica esperienza di sessualità che ne ha contrassegnato la realizzazione o situazioni ad esso equipolenti; detto consenso, però, proprio perché proveniente da un soggetto che si assume titolare di autodeterminazione sessuale, può ben inibire la realizzazione del reato di cui all'articolo 612 ter del codice penale.

Da ciò la conseguenza che sussisterà anche il predetto reato nella ipotesi in cui il materiale venga posto in circolazione arbitrariamente: senza cioè quel consenso che, ai sensi della citata fattispecie ex 612 ter c.p., genera la irrilevanza penale del fatto in essa contemplato.

Siffatta conclusione ci sembra un coerente corollario del principio della autodeterminazione sessuale, per effetto del quale il consenso di colui che ne è titolare, così come può rendere legittimi gli atti sessuali che lo coinvolgono, allo stesso modo può delinarsi come elemento impeditivo del reato posto ad esclusiva tutela del suo interesse al riserbo e alla riservatezza in ambito sessuale.