



PERCORSI PENALI

Rivista trimestrale
Anno II • N. 1 / gennaio 2021

In copertina fotografia di Mario Lamma
Fiume Reno 2019



Rivista registrata: Tribunale di Bologna 09.11.2020, n. 8550
ISSN: 2724-3508

© Copyright 2021 Filodiritto
filodiritto.com

inFOROmatica S.r.l., Via Castiglione, 81, 40124 Bologna
inforomatica.it

tel. 051 9843125 - fax 051 9843529 - commerciale@filodiritto.com

Progetto fotografico di © Mario Lamma - *Fiume Reno 2019, Momenti dilatati*
In mostra presso lo [Studio Cenacchi](#) di via Santo Stefano a Bologna

*La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15 % di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie utilizzate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale, o comunque per esigenze diverse da quella personale, potranno essere effettuate solo a seguito di espressa autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano.
e-mail: autorizzazioni@clearedi.org, sito web: www.clearedi.org*

IL LEGISLATORE E IL SUO GIUDICE: NOVITÀ NORMATIVE E NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

In questa sezione si offre ai lettori uno sguardo attento a temi di assoluta attualità in ambito normativo e giurisprudenziale. Gli scritti proposti si caratterizzano per l'elevato approfondimento e la qualità informativa.

Revenge porn ovvero quando la goliardia non è più uno scherzo: analisi e riflessioni sulla nuova fattispecie di cui all'art. 612-ter del codice penale*

Revenge porn or when the student spirit is no longer a joke: analysis and reflections on the new case referred to in art. 612-ter of the penal code

di [Antonio Tamburrano](#)

ABSTRACT

L'articolo si apre al dibattito sul nuovo reato di illecita diffusione di immagini o video sessualmente espliciti, presentando lo stato dell'arte sul punto e offrendo spunti di riflessione a riguardo al fine di saggiarne i molteplici aspetti e le possibili implicazioni future, tenendo conto dei risvolti politico-criminali che hanno portato all'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice nel sistema penale italiano.

The paper offers an analysis about the new offense of illegal dissemination (or disclosure) of private sexual photographs and videos in order to explain its structure and future implications in the Courts. The paper also offers thoughts in de jure condendo perspective.

* Il contributo è stato sottoposto a referaggio con valutazione favorevole.

Sommario

1. Premessa
2. Lo sfondo politico-criminale della nuova fattispecie
3. L'analisi della fattispecie
4. Profili critici e spunti di riflessione
5. Conclusioni

Summary

1. Introduction
2. Criminalological background of the revenge porn
3. Analysis of the crime
4. Critical points and thoughts
5. Conclusions

1. Premessa

Sempre più presente per i suoi risvolti spiacevoli in notiziari e dibattiti televisivi, la diffusione di materiale video-fotografico a contenuto sessuale tramite i moderni apparecchi

tecnologici è divenuta argomento centrale anche nelle trattazioni più settoriali, in particolare del diritto penale.

Difatti, proprio un recente caso di cronaca di impatto nazionale ha acceso nuovamente i

riflettori su questa malsana pratica¹, che ha inasprito la discussione sulla possibilità di opportuni interventi a riguardo, invocando – come solitamente accade – il ricorso a metodi e sanzioni sempre più afflittivi².

Il tema del presente scritto, dunque, si incentra sulla nuova figura di reato introdotta nell'estate del 2019 nell'ordinamento italiano e denominata esattamente "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", prevista all'art. 612-ter c.p. proprio per fronteggiare questo nuovo e pernicioso fenomeno sociale.

2. Lo sfondo politico-criminale della nuova fattispecie

Il progresso tecnologico e le sue meravigliose innovazioni hanno portato a un radicale cambiamento delle abitudini personali, nonché delle modalità attraverso cui si tessono e si

investe nelle relazioni sociali; in particolare, la novità di scattare illimitatamente fotografie o autoscatti (comunemente definiti "selfie") e la possibilità di registrare video senza dover impiegare particolari risorse di tempo o monetarie hanno fatto sì che, nell'inveterata pratica del corteggiamento ma anche per diletto personale, giovani e meno giovani si cimentassero nel fotografare o, i più esperti e disinibiti, nel filmare le proprie parti intime o in atteggiamenti sessualmente espliciti con l'obiettivo di recapitare i risultati video-fotografici ai fortunati corteggiati o comunque di conservare un ricordo di trascorsi momenti di amore.

Ebbene, al di là dei giudizi di valore, che esulano da questa sede, sull'opportunità o meno di questi comportamenti, tale prassi è l'evoluzione di un fenomeno, purtroppo negativo, consistente nella diffusione di detto materiale a soggetti terzi rispetto a quelli dell'iniziale

¹ L'episodio cui si allude vede coinvolti una maestra d'asilo e il suo fidanzato che, inopportuno, ha inviato sulla "chat del calcetto" il video erotico girato con la propria compagna. In questo caso la finalità era tutt'altro che vendicativa, avendo l'uomo dichiarato, con molta disinvoltura, le sue intenzioni bonarie e go-liardiche – "uno scherzo tra amici" – che, tuttavia, per la vittima hanno avuto il prezzo del licenziamento dal ruolo di insegnante, oltre alle bigotte reazioni e reprimende sociali del suo ambiente di lavoro e sociale. La vicenda è stata seguita con interesse dalla stampa alla quale ha dedicato un ingente numero di articoli; per una più approfondita ricostruzione a titolo esemplificativo: *La maestra d'asilo licenziata per un video hard: «Tradita dal mio ex: mi fidavo»*, in *Corriere della Sera online*; *Torino, video hard della maestra d'asilo sul web. E dopo la gogna è licenziata*, in *La Repubblica online*; *Il fidanzato diffonde video privato tra gli amici del calcetto: maestra d'asilo licenziata. La preside è tra le imputate per diffamazione*, in *Il Fatto Quotidiano online*; *Maestra subisce revenge porn e perde il lavoro. Torino chiede giustizia*, in *Domani online*; *Revenge porn, lo sfogo della maestra che ha perso il lavoro: "Finalmente ho potuto raccontare la verità"*, in *La Stampa online*.

² La costante invocazione al diritto penale è da sempre un nodo cruciale nello studio della scienza penalistica; la paura del crimine genera diritto penale poiché niente è più rassicurante di un controllo serrato o la minaccia di una punizione "esemplare" per alleviare paure quotidiane e allarmi sociali. È l'uso politico della sanzione punitiva che strumentalizza il bisogno individuale di rassicurazione e controllo sociale in chiave

demagogica e per fini di propaganda elettorale. È il cosiddetto "diritto penale simbolico", di per sé inutile e senza fini criminologici o di prevenzione se non quello puramente politico; è il fulcro di un altro fenomeno, tanto antico quanto pericoloso: il populismo penale. A riguardo la letteratura è stata prolifica, a mo' di esempio si veda sul punto: G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, p. 102 e ss.; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 e ss.; J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffello Cortina editore, Milano, 2008; J. PRATT, *Penal populism*, Routledge, New York, 2007; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 73 e ss.; S. BONINI-T. GUERINI-G. INSOLERA-A. MANNA-N. MAZZACUVA-D. PULITANÒ-L. RISICATO-A. SESSA-C. SOTIS, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2016; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli editore, Roma, 2019; A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 671 e ss.; C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017; A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti di riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, p. 263 e ss.

scambio, rendendo così noti al pubblico dettagli intimi che si voleva rimanessero privati. Infatti, la nascita delle moderne piattaforme sociali, i cosiddetti *social network*, il cui principale pregio è proprio l'immediatezza delle azioni – tra cui la messaggistica istantanea, l'immediata pubblicazione e diffusione di fotografie e video oltre che di testi – ha innescato, però, un contorto meccanismo: come avviene per tutti i “*media*”³, anche in questo caso, si è data vita a una nuova forma di fare violenza consistente in un peculiare atteggiamento di abuso psicologico attraverso la condivisione di foto e video tramite Internet e senza il consenso delle persone ritratte. Proprio in questo contesto si colloca la vicenda legislativa del delitto di cui all'art. 612-ter c.p., che in Italia ha avuto impulso dal problema del cosiddetto “*Revenge porn*”. Infatti, l'obiettivo espresso dalla recente riforma, chiamata enfaticamente “Codice rosso”⁴, si inserisce in quello spazio di ultime novelle volte ad offrire una maggiore tutela alle donne

³ Dal latino “*medium*”, il suo significato indica il “mezzo”, lo “strumento” attraverso cui si compie un'azione o si svolge un compito e come tutti gli apparecchi, in senso materiale e figurato, ha un carattere di neutralità che si connota di positività o, viceversa, di negatività a seconda dell'uso e delle intenzioni del detentore.

⁴ Tale espressione allude ad un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione di procedimenti penali aventi ad oggetto reati a danno di familiari o altri componenti di relazioni affettive; difatti, sul piano processuale, la novella mira a velocizzare detti procedimenti con l'obiettivo di accelerare l'adozione di misure a tutela delle vittime. A riguardo: S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, in *Discrimen*, 2020, p. 1; M. MATTIA, “*Revenge porn*” e *suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *La legislazione penale*, 2019, p. 11.

⁵ A riguardo A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Diritto penale contemporaneo Riv. trim.*, 2015, in cui tratteggia il fenomeno e le sue implicazioni pratiche, oltre ad una chiarificatrice analisi sugli interventi legislativi in materia. Il prezioso contributo ha offerto efficaci spunti di riflessione come si vedrà nel § 5 conclusivo.

⁶ A detta di chi scrive sarebbe confacente un uso in lingua italiana della terminologia del fenomeno citato. L'espressione inglese, resa nota dall'ambiente

in contrasto alla cosiddetta “violenza di genere”⁵, quantomeno scalfendo il muro di silenzio e omertà che ancora nasconde e cinge le tematiche a sfondo sessuale come fossero un *tabù*.

In particolare, la legge n. 69 del 19 luglio 2019, proprio in merito al fenomeno menzionato, ha introdotto la nuova figura di reato di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti, così rubricata, all'art. 612-ter del codice.

La locuzione, tradotta letteralmente in “*pornovendetta*”⁶, evoca la specifica condotta di diffondere immagini o video privati a sfondo sessuale sulle piattaforme sociali di condivisione o di messaggistica istantanea allo scopo di umiliare o, per l'appunto, di vendicarsi nei confronti della persona ritratta per la fine della relazione; ciò non toglie che fenomeni di diffusione possano aversi anche con l'intento di vantarsi, di scherzare o di acquisire notorietà anche a relazione ancora in corso.

giornalistico, provoca confusione, ricomprendendo, nel linguaggio comune, ogni forma di diffusione non consensuale di contenuti multimediali erotici o comunque sessualmente allusivi a prescindere dall'esistenza di una pregressa relazione sentimentale o dalla finalità ritorsiva di colui che pubblica le immagini. È, dunque, la vendetta finale l'elemento di discriminazione tra il “*revenge porn*” e le altre forme di diffusione illecita di contenuti sessualmente espliciti. Cfr. G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e *tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Diritto penale contemporaneo Riv. trim.*, 2018, p. 69 e ss.; C. PARODI, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyberstalking*, in *Magistratura indipendente online*, 2020, p. 1. Nell'eventualità in cui la traduzione letterale possa risultare poco agevole con conseguente connotazione valoriale in senso spregiativo, è comunque preferibile l'approccio linguistico nostrano attraverso l'espressione “*vendetta sessuale*” meno foriera di incomprensioni e errate generalizzazioni. Da ultimo, si sottolinea anche l'utilizzo di “*porno vendicativo*” o “*pornografia vendicativa*”; a riguardo G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e *tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 69, che ne dà una spiegazione semantico-linguistica partendo dal lemma inglese.

Da un punto di vista sociologico, il fenomeno della vendetta sessuale prende avvio dalla cosiddetta “normalizzazione della pornografia”⁷ – espressione coniata dalle scienze psico-sociali – con la quale si descrive il mutamento della percezione della pornografia nel tempo: da elemento clandestino e marginale della vita privata e sociale dell’individuo ad attrazione “normale”, non più trasgressiva né esclusiva, soprattutto a seguito delle moderne tecnologie. Del resto, proprio la rete consente un accesso immediato e facile a contenuti erotici e pornografici, incrementandone anche la produzione e distribuzione, soprattutto a livello amatoriale⁸.

L’altro fenomeno, anch’esso sempre più diffuso, è il cosiddetto “sexting”, crasi delle parole inglesi “sex” e “texting”, cioè “messaggiare/messaggi di sesso”, messaggi tramite le moderne tecnologie di informazione (TIC, tecnologie di informazione e comunicazione) a sfondo sessuale.

La dottrina⁹ distingue tra “sexting primario” o “primaria distribuzione” con il quale si indica il primo passaggio del materiale multimediale a sfondo sessuale: il soggetto, inizialmente, cede in modo libero immagini o video erotici autoprodotti (oltreoceano è utilizzato appunto il termine “selftaken”) al proprio compagno o amico e “sexting secondario” o “secondaria distribuzione” che consiste nel far circolare il materiale ricevuto ad opera dell’iniziale destinatario, rendendolo visibile ad altri sconosciuti utenti.

Se il primo è lecito e, dunque, fuori dalla sfera del penalmente rilevante, più complesso è il

discorso in merito alla seconda tipologia: utilizzando le applicazioni di messaggistica istantanea o siti di settore o, ancora, piattaforme sociali idonee, la diffusione produce un effetto devastante, in quanto da una semplice condivisione viene a formarsi una scia rapida e incontrollabile di ulteriori condivisioni da parte di soggetti estranei (i cosiddetti “secondi distributori”), che non sono in alcun modo titolati a diffondere quello specifico materiale, operando una violazione delle iniziali intenzioni dell’autore del video o della foto.

Difatti, la semplice condivisione di immagini o video, anche in modo virale, non ha alcun interesse per il diritto penale, tuttavia, il coinvolgimento di specifici aspetti della persona – immagine, reputazione, libertà morale che appunto subentrano anche nella sfera sessuale – assume rilevanza penale, stante la delicatezza degli interessi individuali compromessi.

Viene in rilievo, così, una costante criminologica, una “febbre da condivisione”, cui si accompagnano il dileggio e la vessazione della persona oggetto della condivisione; si tratta, pertanto, di manifestazioni di morbosa curiosità tipiche di un nuovo tessuto sociale sempre più incentrato su modalità di relazione anonime, impersonali e finanche alienanti, proprio perché meccanicamente filtrate da strumenti tecnologici digitali originariamente concepiti per migliorare e potenziare la comunicazione fra esseri umani, ma che spesso finiscono per ottenere un effetto opposto nelle mani dei soggetti che intendano farne un uso improprio¹⁰.

⁷ A riguardo gli illuminati contributi di: A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2015; P. ADAMO, *Il porno di massa*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2004; M. MENICOCCHI, *Pornografia di massa. Dalla rivoluzione sessuale alla Porn Culture*, Edizioni Altravista, Pavia 2014.

⁸ Si veda S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, cit., p. 2 e ss.; G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non

consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, cit., p. 77 e ss.

⁹ Il maggiore apporto è stato fornito dalla dottrina straniera, in particolare statunitense, che per prima ha avuto contatto con i fenomeni in questione e ne ha elaborato analisi e soluzioni sul piano politico-criminale. Per una più completa trattazione sulle riflessioni d’oltreoceano si veda: G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, cit., p. 65 e ss.

¹⁰ Sempre sul punto: G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione

In definitiva, secondo un angolo visuale sociologico e criminologico, il fenomeno della *dissemination*, ha visto una crescita esponenziale negli ultimi anni, dando particolare risalto agli episodi di vendetta pornografica; ciò non toglie, però, che il fenomeno diffusivo non sia da imputare esclusivamente a istinti vendicativi, ma sia riconducibile anche a ipotesi di scherno, rivalsa o anche semplicemente intenzioni goliardiche che, assumendo talvolta contorni drammatici per la situazione creatasi a seguito della condivisione di propri video o scatti privati, hanno condotto a veri e propri casi di “cyberbullismo”¹¹.

Appare, dunque, opportuno, stante la varietà delle motivazioni e delle modalità attraverso cui si estrinseca la divulgazione non consensuale di materiale pornografico, non utilizzare indiscriminatamente la categoria onnicomprensiva di “*revenge porn*”, ma di utilizzare il più generico “*non consensual pornography*” o

specifico della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, cit., p. 69 e ss., il quale, citando studi australiani, sottolinea che spesso il risultato è una vera e propria gogna mediatica per cui partendo da un’azione innocua o goliardica si finisce per ledere la reputazione e l’immagine della persona protagonista, provocando conseguenze disastrose incalcolabili, ad esempio la morte per suicidio.

¹¹ Sulla ricostruzione del fenomeno e delle sue implicazioni penali si veda l’incisivo lavoro di M.O. MANTOVANI, *Profili penali del cyberbullismo: la l. 71 del 2017*, in *L’Indice penale*, 2018.

¹² La definizione di pornografia, pur essendo discussa, può essere assimilata alla quella classica di “porno” da intendersi come ciò che ha la finalità di eccitare sessualmente chi lo guarda. Tuttavia, il richiamo al “*porn*” finisce per alimentare il “*victim blaming*” vale a dire la tendenza a biasimare la donna per essersi prestata ad immortalare i propri momenti intimi. Da qui la considerazione per cui alcune studiose britanniche rifiutano l’utilizzo del termine “*pornography*”, in quanto accentuerebbe il giudizio e la responsabilità della vittima piuttosto che la responsabilità dell’autore dell’illecito e i danni da ciò derivati. La tendenza maggioritaria statunitense, invece, inaugurata da Danielle Keats Citron e Mary Anne Franks, forse le due principali studiose americane del tema, è stata quella di conservare il termine “*pornografia*”: l’accostamento a “*pornografia*” di parole che esprimano la non consensualità della pubblicazione mette in chiaro che la vittima non mirava a

“*involuntary porn*”, o meglio, in italiano, “*pornografia non consensuale*”¹².

Ad ogni modo, «anche in questo caso non si tratta di sterili precisazioni terminologiche. Ogni diversa denominazione del fenomeno in questione rispecchia scelte chiare sul piano della politica criminale, come ad esempio i tentativi di attrarre nell’area della punibilità determinate condotte, come le divulgazioni non vendicative, ed ha conseguenze rilevanti sul versante sistematico, come la qualificazione del “*revenge porn*”, a seconda della terminologia utilizzata, tra le forme di violenza sessuale o tra i delitti che ledono la *privacy*»¹³.

3. L’analisi della fattispecie

La nuova norma è stata già oggetto di accurate riflessioni¹⁴, tuttavia, data la recente introduzione, la sua presenza è ancora piuttosto timida nelle aule dei tribunali, non essendo stata tuttora la verifica sul banco di prova della giurisprudenza di legittimità¹⁵; ciò non

creare un contributo “*pornografico*”, bensì una semplice immagine intima da fruire privatamente, che solo la diffusione non consensuale ha trasformato, appunto, in “*pornografia*”. A tale tesi aderisce anche chi scrive alla quale si rimette completamente. Si veda più dettagliatamente: G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 71 e ss.

¹³ G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 73.

¹⁴ Si vedano a riguardo i contributi di: G.M. CALETTI, “*Revenge porn*”. *Prime considerazioni in vista dell’introduzione dell’art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?* in *Diritto penale contemporaneo online*, 2019; S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, cit.; M. MATTIA, “*Revenge porn*” e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra ‘*voluto*’ e ‘*realizzato*’ rispetto all’imputazione oggettiva degli eventi psichici”, cit.; C. PARODI, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyberstalking*, cit.; G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 65 e ss.

¹⁵ I procedimenti penali in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti sono ancora

toglie che non sia possibile condensare i risultati raggiunti e sperimentare nuove soluzioni, attendendo anche le eventuali risonanze che potrebbero aversi nei palazzi di giustizia.

Sinteticamente, l'art. 612-ter punisce non solo chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate ma anche chi invia, consegna, cede, pubblica o diffonde, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocimento¹⁶. Innanzitutto, si può affermare che il bene giuridico tutelato è plurimo: non soltanto la libertà morale ma anche la reputazione e la riservatezza della persona offesa.

È stato, infatti, osservato che la collocazione del delitto in esame nella Sezione III del Titolo XII del codice, dedicata ai reati contro la libertà morale, sia piuttosto inadeguata: da una parte, l'accostamento alla minaccia come principale forma di realizzazione del reato è infondato, manifestandosi il delitto perlopiù attraverso modalità diverse da quella minatoria; d'altra parte, l'offesa non si rivolge esclusivamente all'onore e alla reputazione della

in corso e, nonostante la recente introduzione, la sua presenza nelle Corti non sembra affatto minima. Per una casistica aggiornata, che tiene conto del numero dei procedimenti iscritti, definiti e ancora in corso, si veda *Il Rapporto sull'applicazione della legge n. 69/2019*, in *Questione giustizia online*.

¹⁶ Per completezza il testo integrale dell'art. 612-ter c.p.: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000.

La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocimento.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che

vittima ma anche alla sua libertà di autodeterminazione e alla tranquillità individuale – aspetto che l'accomunerebbe ai reati di violenza privata, di atti persecutori e di minaccia. A tal proposito, dunque, sarebbe stato più opportuno dedicare un titolo autonomo al reato in esame, da inserire dopo i delitti di violenza sessuale e prima di quelli contro la libertà morale¹⁷.

Dalla lettura della norma, se ne ricava che la fattispecie criminosa individua due distinte modalità delittuose attraverso le quali vengono ad essere sanzionate cinque diverse e specifiche condotte: l'invio, la cessione, la consegna, la pubblicazione e la diffusione.

Tali comportamenti sono riconducibili sia a chi abbia realizzato o sottratto il materiale multimediale, secondo l'ipotesi di cui al primo comma dell'articolo, sia al soggetto agente che, ricevuto o acquistato in altro modo detto materiale, procede a diffonderlo o pubblicarlo, come indicato dal secondo comma dell'articolo, sanzionando, così, ulteriori e pericolosi passaggi della diffusione.

Si tratta, pertanto, di un reato comune, in quanto non è ravvisabile alcun nesso tra autore e fatto che “si riverberi nel fatto tipico”, non dando una sua specifica impronta al delitto; non è, quindi, necessaria alcuna specifica qualifica per la sua commissione¹⁸.

è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procede tuttavia d'ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio».

¹⁷ Sul punto: S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, cit., p. 5.

¹⁸ Secondo uno specifico orientamento dottrinale il lemma “chiunque” sottintende i casi di “qualifica implicita”, desumibile ermeneuticamente dalla descrizione della fattispecie tipica, idonea a connotare tali ipotesi delittuose come reati di “mano propria”, la cui

L'invio, la consegna e la cessione alludono al trasferimento (non necessariamente tramite Internet) dei contenuti multimediali tra persone determinate e identificate attraverso plurimi e differenti canali; la pubblicazione e la diffusione, invece, si rivolgono, senza intermediari, ad un pubblico indefinito e indistinto, caratterizzandosi la prima modalità per il ricorso a piattaforme sociali o siti pornografici. Le due ipotesi si distinguono a seconda delle modalità con cui l'agente è entrato in possesso delle immagini che ha successivamente divulgato: nel caso del primo comma, è richiesto che egli abbia contribuito alla loro realizzazione o che le abbia «sottratte», mentre al secondo comma è disciplinato il caso in cui il diffusore le abbia ricevute o acquisite in altro modo.

Elemento fondamentale per la configurazione del reato è il tratto "sessuale" del materiale scambiato; difatti, in mancanza di una definizione legislativa, spetterà all'interprete individuare il significato dell'espressione "sessualmente esplicito"¹⁹. Vi rientreranno, necessariamente, le rappresentazioni, con qualunque mezzo, di soggetti coinvolti in attività sessuali o dei propri organi sessuali.

L'esplicita connotazione erotica non è comunque l'unico requisito richiesto con riguardo al materiale multimediale, occorrendo anche che esso sia stato creato in un contesto di riservatezza, che, insieme al consenso della cessione o trasmissione al destinatario, esclude la rilevanza penale delle condotte riferibili al mercato lecito della pornografia. La lettera della norma, difatti, statuisce «destinati a rimanere privati», evocando così un ulteriore connotato di disvalore della condotta rappresentato dal "tradimento della fiducia" dell'amante che nutriva una ragionevole

aspettativa di "buon senso" a che il materiale sessualmente esplicito continuasse a trovarsi in un'esclusiva dimensione privata.

In merito all'elemento soggettivo, nelle ipotesi di cui al primo comma, è richiesto il dolo generico, essendo sufficiente la coscienza e la volontà di inviare, consegnare, cedere, pubblicare o diffondere con la consapevolezza che si tratti di immagini e video destinati a rimanere privati e senza il consenso delle persone ritratte.

Ai sensi del secondo comma, occorre, invece, il dolo specifico, stante il fine di arrecare nocumento alla persona rappresentata nelle immagini o video diffusi.

Si ha consumazione del reato nel momento e nel luogo in cui si realizzano le condotte contestate, venendo a configurarsi così come reato istantaneo, e si ammette la forma tentata, quando siano stati posti in essere atti idonei e univoci alla realizzazione delle condotte incriminate, tuttavia senza riuscirvi per un problema tecnico o, ad esempio, per un'alterazione del supporto contenente le immagini o video o per l'intervento della Polizia postale, dunque per una causa che esuli dalla volontà del reo.

La struttura della norma, così come inserita nel codice, prevede quattro distinte circostanze aggravanti divise in modo uguale tra il terzo e il quarto comma. Le prime due fanno menzione del rapporto sentimentale che lega o, comunque, legava l'autore del reato e la persona offesa e dell'utilizzo di strumenti informatici o telematici. Nel primo caso l'intento investe i fenomeni di vendetta sessuale o pornografia punitiva, a seguito della presenza di una relazione affettiva; nel secondo caso si è voluto ostacolare il fenomeno diffusivo

realizzazione rientra nella sfera di competenza esclusiva del soggetto agente, richiedendo una partecipazione personalissima dell'agente, della sua persona o del suo corpo. Sul punto per una trattazione esaustiva si vedano: F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, CEDAM, Padova, 2007, p. 108 e ss., che in questi casi parla di "legittimazione al reato"; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. I,

Giuffrè, Milano, 2004, p. 380, che tende a differenziare tra "reati di mano propria" e "reati propri", citati da M. MATTIA, *"Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., pp. 11-12.

¹⁹ Per una più esaustiva spiegazione si rinvia al paragrafo successivo § 4.

colpendo il suo mezzo di estrinsecazione, ovvero le tecnologie digitali.

Il quarto comma prevede, invece, due circostanze ad effetto speciale che operano se i fatti sono commessi a danno di persona affetta da inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza. L'ultimo riferimento alle gestanti alluderebbe, nella *mens legislatoris*, a una maggiore protezione offerta per i fatti sanzionati che, considerato lo stato interessante, potrebbero indurre la vittima in uno stato d'ansia o un malessere tale da esporre a pericolo il feto.

Infine, al pari del delitto di atti persecutori, la fattispecie in esame è procedibile a querela della persona offesa da proporre entro sei mesi e la cui remissione può avvenire solo in sede processuale, ferma la procedibilità d'ufficio per le ipotesi aggravate di cui al quarto comma e in concorso con altri delitti procedibili d'ufficio²⁰.

4. Profili critici

La disamina sistematica permette di soffermarsi su alcuni rilievi critici, già profilatisi in dottrina²¹, che involgono il delitto sia sul piano

dell'elemento oggettivo/materiale sia su quello soggettivo/psicologico.

Al di là della puntuale individuazione delle condotte incriminate, l'ampio ventaglio delle condotte punibili risulta essere estremamente esteso al punto da abbracciare gran parte della casistica, piuttosto poliedrica, nella quale può sostanzarsi il fenomeno della diffusione non consensuale di materiale sensibile.

Ne consegue, però, che l'assoggettamento ad un unico trattamento sanzionatorio non permette di rilevare quale, tra le condotte punite, sia la più offensiva e dunque meritevole di una sanzione più gravosa²². Si attenderà, dunque, l'intervento pretorio per l'indicazione del confine tra i vari comportamenti previsti per una più congrua applicazione della pena²³.

Una particolare attenzione merita, sempre sul piano oggettivo, l'espressione "sessualmente esplicite"²⁴: inizialmente, l'emendamento contemplava un'espressa definizione legale – «ai fini di cui al presente c.p., per immagini o video privati sessualmente espliciti si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di soggetti consenzienti, coinvolti in

²⁰ Alla luce del dato testuale della norma, che utilizza appositamente il lemma "delitti", se ne deduce che la procedibilità d'ufficio sia da escludere nell'ipotesi di concorso con contravvenzioni, ad esempio con il reato di molestie o disturbo delle persone ex art. 660 c.p.

²¹ Sul punto: G.M. CALETTI, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?* cit.; S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, cit.; M. MATTIA, "Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici, cit.; C. PARODI, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyberstalking*, cit.; G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 65 e ss.

²² Come osservato, le condotte non possono considerarsi ugualmente lesive: la diffusione, ad esempio, ha un tratto offensivo maggiore rispetto all'invio o alla cessione in forza proprio di quella "viralità" che caratterizza le tecnologie digitali e le piattaforme sulle quali si

interagisce con le stesse. Si rimanda per completezza al § 2.

²³ Come rilevato da M. MATTIA, "Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici, cit., p. 13, ai fini di una corretta demarcazione tra lo spettro delle condotte punibili, la giurisprudenza potrebbe attingere alla casistica del reato di cui all'art. 600 ter c.p. in materia di pornografia minorile, i cui terzo e quarto comma presentano contiguità con le condotte tipizzate dall'art. 612-ter c.p.

²⁴ L'esperienza inglese è stata illuminante circa la complessità nel trovare una definizione al concetto menzionato. Si veda A. GILLESPIE, *Trust me, it's only for me: "revenge porn" and the criminal law*, in *Criminal Law Review*, vol. XI, 2015, p. 866 e ss., citato da G.M. CALETTI, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?* cit. Si segnala, inoltre, la ricostruzione operata da G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 65 e ss.

attività sessuali, ovvero qualunque rappresentazione degli organi sessuali per scopi sessuali, realizzati, acquisiti ovvero comunque detenuti in occasione di rapporti od incontri anche occasionali» – successivamente eliminata per evitare il rischio di ingessare il portato applicativo della fattispecie, affidando, così, all'esegesi giurisprudenziale il compito di categorizzare il “sessualmente esplicito”²⁵. Un'ulteriore soluzione avanzata dalla dottrina sembra invece incentrarsi su un dato di carattere letterale, partendo dall'aggettivo “esplicito”, con riferimento al contenuto del materiale, volta ad escludere i meri nudi, in quanto privi di quel significato sessuale richiesto dalla norma. L'appiglio confermativo risiede in un'interpretazione di carattere sistematico per mezzo del concetto di pornografia minore, di cui all'art. 600-ter c.p.; in base alla definizione contenuta nell'ultimo comma, l'espressione menzionata include anche la rappresentazione di organi sessuali per scopi sessuali, qualificandosi diversamente dalla semplice nudità. Così, ne deriverebbe che sul piano della tecnica legislativa l'utilizzo dell'aggettivo “esplicito” alluda a chiare connotazioni sessuali, optando per altre formule in riferimento a nudità senza alcun rimando al carattere sessuale delle stesse. La *mens legislatoris* ha voluto, dunque, con il ricorso al lemma “esplicito” dell'art. 612-ter c.p., restringere il perimetro applicativo della norma²⁶.

²⁵ La permeabilità del concetto in esame rende impossibile qualsiasi definizione legislativa, in quanto potrebbero sempre sfuggirle considerazioni che al tempo della codificazione era inconcepibili ma che la rapida mutevolezza del reale ha reso possibili. Appare, dunque, una soluzione appropriata il rimettersi all'attività ermeneutica del giudice. È interessante una questione opportunamente segnalata da M. MATTIA, “Revenge porn” e *suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., p. 13, che riguarderebbe la sussumibilità di semplici registrazioni audio all'interno della nozione in esame, ovviamente quando le stesse abbiano un contenuto sensibile e siano idonee a identificare le persone coinvolte (si pensi alle c.d. “note vocali” frequentemente impiegate nelle *chat* di messaggistica istantanea).

Appare, inoltre, opportuno soffermarsi sul rilievo, inserito dal legislatore, della mancanza del consenso delle persone rappresentate. Per mezzo dell'espresso richiamo al “consenso dell'avente diritto”, la scriminante di cui all'art. 50 c.p. assurge ad «elemento di esclusione della tipicità del fatto, qualora impedisca il consolidamento di un contenuto offensivo giuridicamente apprezzabile»²⁷. Così il consenso, o meglio la sua assenza, viene a configurarsi come elemento costitutivo del reato e non già come causa di giustificazione, invocata dal soggetto agente²⁸. Naturalmente, l'unico soggetto legittimato a prestare il consenso e dunque a rendere inoffensivo il comportamento incriminato è il titolare dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, vale a dire, colui che risulterebbe soggetto passivo del reato (e non il semplice danneggiato) se l'illecito penale si realizzasse in assenza del proprio consenso.

In aggiunta, i beni giuridici tutelati dalla fattispecie in esame rientrano tra i cosiddetti “diritti personalissimi”, nella sottocategoria degli “attributi della personalità”, che si reputano generalmente disponibili; tuttavia, il consenso manifestato deve attenersi a lesioni circoscritte ed episodiche, le quali a loro volta non esprimano contrarietà alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico²⁹.

Infine, sul piano processuale, se ne deduce che, costituendo la manifestazione di

²⁶ Cfr. S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, cit., p. 7.

²⁷ S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 574.

²⁸ Alcuni autori parlano infatti di “elemento negativo di tipicità”: M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 18 e ss.; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 142 e ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, G. Priulla, Palermo, 1960, p. 142 e ss.

²⁹ Cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 576 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., p. 530 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 267 e ss.

consenso un aspetto del fatto tipico, la formula assolutoria non potrà essere “perché il fatto non costituisce reato” ma “perché il fatto non sussiste”, qualificandosi, appunto, il consenso espresso non come causa di giustificazione – e dunque sarebbe stata opportuna la prima formula richiamata – ma come elemento tipico³⁰.

Passando all'elemento soggettivo del reato, profili critici rilevano in relazione al secondo comma dell'art. 612-ter c.p. e, quindi, alla seconda ipotesi di illecita diffusione che viene ad essere coperta dal dolo specifico. L'intenzione del legislatore era rivolta a prevenire il fenomeno della diffusione “virale”, che coinvolge i cosiddetti “secondi distributori”, cioè coloro che ricevono le immagini dal primo distributore o da altri, avendole scaricate dalla rete («avendo comunque acquisito»), contribuiscono a renderle “virali”. La mancata specificazione del mittente, però, ha svelato una falla nella struttura codificata dal legislatore: omettendo, infatti, di considerare che i maggiori casi di vendetta sessuale – e dunque di viralità – avvengano proprio secondo le modalità descritte dal primo comma e cioè attraverso la ricezione diretta dei video o delle immagini dal suo autore, il legislatore ha sovrapposto due distinte ipotesi che si era premurato di tenere separate proprio attraverso il ricorso al “fine di arrecare nocumento”, o meglio due differenti tipologie di dolo.

Ne deriva che, l'obiettivo del contrasto alla vendetta sessuale, per la quale è strutturale la presenza dell'*animus nocendi*, viene ad essere introdotto nel sistema penale attraverso due distinte modalità di manifestazione del

reato di cui una formalmente a dolo generico, anche se, ai fini della sua concreta sussistenza, richiederà il dolo specifico³¹.

Senza contare, in relazione sempre al secondo comma della norma, l'esclusione dallo spettro del penalmente rilevante delle cessioni o delle diffusioni con finalità di lucro o di scambio, anche con immagini o video del medesimo genere, su piattaforme a ciò dedicate. Così impostata la fattispecie incriminatrice, determinata, chiaramente, da un'inadeguata comprensione del fenomeno sul piano criminologico, oltre che dall'esigenza di rispondere alacremente alle richieste di panpenalizzazione del popolo³², potrebbe, secondo l'opinione prevalente, fortemente limitare la funzionalità della norma sul piano applicativo.

Profili critici emergono anche in riguardo al trattamento sanzionatorio: non solo in merito ai limiti edittali particolarmente elevati, segno ormai dell'attuale stagione politico-criminale, ma anche in relazione alle circostanze aggravanti previste.

Esse sembrano acriticamente mutate dal precedente art. 612-bis c.p., senza che siano state prese in considerazione e valorizzate le sostanziali differenze che intercorrono, sul piano criminologico, tra atti persecutori e pornografia non consensuale.

A differenza dell'aggravante costituita dalla relazione sentimentale, riconducibile propriamente al fenomeno della vendetta sessuale e in generale alla pornografia non consensuale, la circostanza, invece, connessa all'utilizzo di «strumenti informatici o telematici» presenta alcune perplessità. A differenza degli atti persecutori, che possono prescindere da tali

³⁰ In prospettiva critica: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 185 e ss.; S. CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, p. 165.

³¹ Cfr. G.M. CALETTI, “Revenge porn”. *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?* cit.; G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 65 e ss.; M. MATTIA, “Revenge porn” e suicidio della vittima: il problema della

divergenza tra ‘voluto’ e ‘realizzato’ rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici, cit., p. 15.

³² Difatti, com'è stato già rilevato da G.M. CALETTI, “Revenge porn”. *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?* cit., la rapidità con cui si è concluso l'iter legislativo del nuovo reato è dovuta alla vicenda di Giulia Sarti, deputata del Movimento 5 Stelle, le cui immagini intime, dopo alcuni anni di oblio, sono tornate alla ribalta della “viralità” in occasione dello scandalo politico che l'ha colpita.

strumenti, la carica offensiva della pornografia non consensuale, e soprattutto della vendetta sessuale, si fonda in gran parte proprio sull'uso delle tecnologie digitali: è vero che possono darsi sporadici casi di divulgazione delle immagini che non passano attraverso Internet o mediante strumenti informatici – del resto il porno vendicativo esisteva già prima dell'avvento delle tecnologie dell'informazione e che queste lo radicassero nella società – ma è statisticamente di gran lunga più probabile la contestazione della fattispecie aggravata che di quella base³³.

Di conseguenza, un'ipotesi base di vendetta sessuale viene a presentarsi già in partenza fatalmente aggravata da ben due circostanze ad effetto comune, non cogliendo l'opzione legislativa che ciò che negli atti persecutori è eventuale, nella vendetta sessuale è ordinario; allo stesso modo si rilevano incongruenze anche per il comma successivo, che fa riferimento a situazioni del tutto estranee con la pornografia non consensuale.

Il riferimento, infatti, allo stato di gravidanza della persona offesa non appare chiaro se non per il solo riferimento alla situazione di stress e malessere che potrebbe investirla a seguito della diffusione di sue proprie immagini o video erotici e, conseguentemente, provocare danni al nascituro; anche perché il legislatore tace sul momento di rilevanza dello stato interessante se in occasione della creazione del materiale pornografico o successivamente per la condivisione dello stesso.

Inoltre, la differenza tra atti persecutori e vendetta sessuale emerge anche in relazione all'imputazione soggettiva della circostanza in questione e, dunque, nella consapevolezza di agire contro una donna in stato di

gravidanza, poiché nel primo caso l'interazione con la vittima è necessaria e permette di avere contezza della gravidanza, nel secondo, la vendetta pornografica può consumarsi anche senza la presenza fisica della vittima e dunque, senza conoscere dello stato interessante della donna ritratta.

Appare al contrario più ragionevole accordare una protezione rafforzata alle ipotesi nelle quali le immagini sessualmente esplicite diffuse riguardino «persone in condizione di inferiorità fisica o psichica», poiché più facilmente tendono a produrre e inviare immagini o video intimi.³⁴

Un'ultima osservazione, proprio per tramite dell'aggravante di cui all'art. 612-ter, co. 4, c.p., è il rapporto con l'art. 600-ter c.p.

Il legislatore ha omesso di replicare nella nuova disposizione l'aggravio della pena nel caso in cui ad essere ritratto sia un minore. È ipotizzabile che, in relazione a tali ipotesi, il legislatore abbia ritenuto sufficiente la normativa di contrasto alla pedopornografia per tutelare gli adolescenti, senza dubbio la categoria più esposta alla vendetta sessuale; la presenza, infatti, della clausola di sussidiarietà sembrerebbe riflettere quest'impostazione, onde evitare inutili sovrapposizioni o duplici incriminazioni. Tuttavia, recentemente, la Corte di cassazione ha escluso che la divulgazione di immagini autoprodotte dal minore possa integrare la fattispecie di "distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione di materiale pedopornografico", cosicché la norma in commento è destinata a trovare applicazione anche per buona parte delle ipotesi della pornografia non consensuale in ambito minorile³⁵.

³³ Si veda G.M. CALETTI, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?* cit.; G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 77 e ss.

³⁴ Gli studi sviluppati nella più ampia cornice del "cyberbullismo" segnalano la maggiore facilità con la quale tali soggetti possono essere convinti a creare

materiali intimi e ad inviarli a chi, poi, dopo averli ingannati sulle finalità dell'invio, li perseguiterà diffondendoli in rete. Per completezza confronta G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 78 e ss.

³⁵ A riguardo: M. BIANCHI, *Il "Sexting minorile" non è più reato?* in *Diritto penale contemporaneo Riv. trim.*, 2016, p. 138 e ss.

Del resto, i limiti edittali previsti dall'art. 600-ter, co. 3, c.p. (da uno a cinque anni) sono inferiore a quelli della disposizione in commento, non operando, anche a prescindere dal mutato orientamento giurisprudenziale, la clausola di sussidiarietà.

Al di là dello stretto legame con il reato di pedopornografia, essendo una nuova incriminazione, non si può sottacere, comunque, che l'accostamento, e eventuale sovrapposizione, del delitto di cui all'art. 612-ter c.p. con altre fattispecie di reato, che prima del suo ingresso nell'ordinamento penale italiano, punivano, o perlomeno tentavano di punire, i fenomeni di pornografia non consensuale³⁶.

Innanzitutto, il primo reato chiamato in causa, è la diffamazione ex art. 595 c.p., cui generalmente veniva sussunta la pornografia non consensuale per gli adulti, spesso, anche in concorso con la fattispecie di pornografia minorile.

La dottrina, tuttavia, congiuntamente anche alla stessa giurisprudenza, hanno escluso la sua applicabilità, in quanto strettamente legata alla sola tutela della reputazione, che se non proprio marginale non è comunque unica nel delitto di illecita diffusione di immagini o video sessualmente espliciti e poiché non prevedeva la sua sussistenza nel caso di diffusione ad una sola persona (come nel caso di vendetta sessuale tramite invio al datore di lavoro), stante il requisito della "comunicazione con più persone".

Anch'esso contemplato, il delitto di illecito trattamento di dati personali ai sensi dell'art. 167 del D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, il cosiddetto Codice della *Privacy*, anche se immediatamente scartato dalla dottrina per la sua limitata estensione a coprire tutti i beni giuridici interessati dalla pornografia non consensuale.

Si è fatto ricorso anche ai delitti di atti persecutori e di violenza privata, rispettivamente ai sensi degli artt. 612-bis c.p. e 610 c.p.,

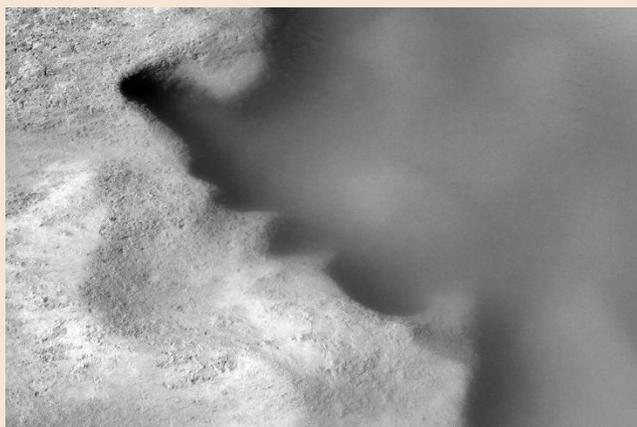
tuttavia la necessità di altri elementi costitutivi ne rendeva comunque monca l'applicazione. Anche il ricorso al recentemente introdotto art. 617-septies, co. 1, dall'art. 1 del D.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, in riforma della disciplina delle intercettazioni – la più nota Riforma Orlando – rubricato "diffusione di riprese e registrazioni fraudolente" non è stato sufficiente: il calco su cui è stata elaborata questa nuova figura di reato è completamente differente rispetto all'ipotesi contemplate dall'art. 612-ter c.p.; infatti, il rimando esclusivo all'elemento della frode – "compiuta fraudolentemente" – e la semantica di "riprese e registrazioni", che sembra prescindere dal riferimento alle immagini, non permettevano una sua applicazione ai casi di pornografia non consensuale.

Infine, è stato ipotizzato anche l'applicabilità del delitto di illecite interferenze nella vita privata ex art. 615-bis c.p. che, però, a causa dei suoi elementi strutturali, come l'uso di strumenti visivi o il riferimento al domicilio, non risulta accogliere tutte le altre possibili modalità di illecita diffusione.

Orbene, l'introduzione dell'illecita diffusione di materiale erotico si appresta a calcare un proprio specifico territorio che, inevitabilmente, finirà per lambire anche gli spazi dei delitti menzionati, salvo il suo possibile assorbimento in altre fattispecie più gravi, come stabilito dalla clausola di sussidiarietà inserita nell'*incipit* della norma (in pieno parallelismo con il contiguo reato di atti persecutori). Le conferme, le smentite o le sue possibili evoluzioni saranno da valutare sul piano pratico/processuale; saranno da attendere, dunque, le prossime pronunce giurisprudenziali per appurarne gli sviluppi.

³⁶ L'analisi è stata realizzata da G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non

consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, cit., p. 82 e ss.



© Mario Lamma – Fiume Reno 2018

5. Conclusioni

Sulla scorta delle riflessioni raccolte è possibile giungere a considerazioni su quest'auspicato intervento legislativo e formulare ipotesi suggerite *in de jure condendo*.

L'introduzione della nuova fattispecie è stata un risultato importante: già presente in diverse realtà europee e internazionali, anche l'Italia si è finalmente dotata di strumenti necessari ad affrontare il fenomeno. Tuttavia, l'esercizio costante della scure penale non assume *in re ipsa* i connotati della "giustizia", cioè non implica automaticamente la correttezza e proporzionalità dei mezzi adoperati.

Sicuramente, la tutela degli specifici interessi in gioco ne risulta rafforzata, ma l'alacre genesi legislativa della stessa norma ha fatto sì che risultasse monca o comunque lasciasse aperte alcune questioni che meriterebbero più approfondite considerazioni.

Infatti, su precisi aspetti il legislatore si è mostrato cieco, soprattutto con riguardo ai minori vittime di tale reato, i quali, data appunto la

minore età, non hanno ancora piena consapevolezza dei risvolti, spesso negativi, delle proprie azioni, soprattutto in ambito sessuale. Senza contare, come spesso accade, che una semplice condivisione possa evolversi in vero e proprio bullismo, maggiormente percepito proprio dai soggetti di minore età.

A tal proposito, sarebbe stato opportuno creare un'unica e specifica circostanza aggravante che tutelasse le tradizionali categorie deboli, come i minori d'età e chi versa in condizioni fisiche e psichiche inferiori.

Inoltre, contrariamente all'opinione diffusa³⁷, chi scrive ritiene, invece, che la fattispecie, così come codificata, risulti efficace: l'ipotesi del primo comma, pur non prevedendo espressamente il fine dell'arrecare nocumento e, quindi, il dolo generico, criminalizza le condotte indipendentemente dall'obiettivo o finalità per cui si agisce, essendo appunto sufficiente la coscienza e la volontà del comportamento posto in essere e di fatto colpendo anche tutti quei comportamenti di vendetta sessuale il cui materiale deriva però direttamente dall'autore stesso. Allo stesso modo, è apprezzabile lo schema del secondo comma, poiché, rivolgendosi ai secondi distributori che spesso anche inconsapevolmente procedono a un'istantanea e quasi automatica condivisione, è stato appropriato inserire l'elemento finalistico di provocare un danno per restringere il campo di applicazione della norma solamente in quei casi in cui effettivamente si sia creato un danno³⁸.

Una riflessione importante riguarda il trattamento sanzionatorio e, più in generale, la

³⁷ Si veda il paragrafo § 4.

³⁸ A tal proposito la norma eluderebbe l'obiezione sorta in seno alla dottrina anglosassone che vede nella criminalizzazione della *dissemination* una forma di paternalismo limitativa del *free speech* sotto le mentite spoglie di protezione. Secondo la dottrina americana, una limitazione alla libera manifestazione del pensiero può avvenire solo se l'oggetto della diffusione rispondente a verità comporti un danno e non sia meramente individuale; dunque, la criminalizzazione delle condotte in esame costituirebbe un'ipotesi di paternalismo penale, cioè l'incriminazione di scelte auto-dannose. Tuttavia, «sembra molto più *liberal* un ordinamento che

garantisca agli individui un certo margine di manovra nella gestione della propria sessualità e della propria intimità, proteggendoli anche da eventuali, inattesi tradimenti di fiducia da parte dell'amante, e molto più paternalistico un diritto penale che si astenga dal tutelare chi ha subito una lesione grave perché ritiene che si sia esposto al pericolo, finendo in questo modo per "punirlo" per una scelta ritenuta, appunto, "auto-dannosa"» G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 90.

risposta che viene data a fenomeni come la pornografia non consensuale.

C'è un vuoto culturale e di civiltà giuridica che riduce la politica criminale al solo diritto penale, incentrato sull'infrazione della pena detentiva. Manca quella "progettualità" della pena, quella costruzione di un percorso per il soggetto condannato che non dia la possibilità di una "ricaduta nel reato" e realizzi il principale obiettivo del diritto penale e cioè la prevenzione dei reati.

Il problema culturale e giuridico è che la pena non è assimilata ad un progetto, significativo per il suo destinatario e per il rapporto con la persona offesa e con la società, ma è un semplice corrispettivo riferito alla gravità del fatto accaduto attribuito al reo.

Inevitabilmente la pena è anche afflittività, un male necessario³⁹, altrimenti il diritto non sarebbe che un conglomerato di norme solo eticamente vincolanti senza alcuna capacità di imporsi coattivamente⁴⁰. Ciò, però, ha portato a una marginalità degli studi criminologici sulle forme di manifestazioni dei reati, sia della progettazione politico-criminale, comportando così una forte disattenzione nei confronti della prevenzione primaria.

È, infatti, proprio quest'ultima a svolgere un basilare ruolo di contrasto ai fattori che favoriscono la criminalità, collocandosi, quindi, in una fase antecedente all'applicazione della

sanzione penale e evitando così il verificarsi delle condotte criminali.

Gli aspetti fondamentali della prevenzione che rilevano e dovrebbero integrarsi tra loro sono quello educativo-culturale/politico-sociale e quello relativo alle norme giuridiche specificamente orientate. Il primo aspetto attiene al radicamento nel contesto sociale di valori in antitesi all'agire criminale, al ruolo delle famiglie e della scuola, all'impegno nel volontariato e alla partecipazione virtuosa alla vita politica, alla serietà e efficienza delle istituzioni pubbliche sul territorio; il secondo, invece, è il ricorso alla norma giuridica ma non essenzialmente penale ma anche appartenente a altri settori dell'ordinamento giuridico⁴¹.

Ebbene, tornando al tema del presente scritto, è auspicabile, anzi caldamente raccomandata, l'attuazione di misure extra-penali preventive, soprattutto a livello legislativo, che coinvolgano enti, istituzioni scolastiche e associazioni, così, da realizzare progetti di informazione e educazione, in particolare nei confronti degli adolescenti, volti a sensibilizzare al rispetto di tematiche spesso scivolose, come il sesso e la libertà sessuale, e aiutare a gestire le moderne tecnologie digitali proprio nel rispetto dell'altrui libertà, responsabilizzandoli; è la cosiddetta "Lerneffekt", ovvero, quel processo culturale di

³⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. V, CEDAM, Padova, 2007, p. 270, affermerebbe che «per la Costituzione la pena è considerata elemento garantista non eliminabile nel nostro sistema giuridico e, perciò, non sostituibile con "misure di difesa sociale"»; dunque, una necessità costituzionalmente imposta.

⁴⁰ Naturalmente vi sono anche opinioni divergenti: basti ricordare, per citare un esempio molto autorevole, le prese di posizione di Lüderssen, il cui programma di riduzione e sostituzione dell'intervento penale tramite il ricorso a strumenti extra-penali di prevenzione. Si veda sul punto K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, L. EUSEBI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005.

⁴¹ Tra i moltissimi contributi, in particolare, si veda: L. EUSEBI, *La pena «in crisi»*, Editrice Morcelliana, Brescia, 1990; ID., *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, La Scuola, Brescia, 2014; ID., «Un'asimmetria

necessaria tra il delitto e la pena», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014 pp. 1022 e ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, M. ROMANI-F. STELLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1980; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, p. 173 e ss.; C. MAZZUCATO, *Consensus alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne editrice, Roma, 2005; M. PAVARINI (a cura di), «*Silète poenologi in munere alieno!*». *Teoria della pena e scienza penalistica*, Monduzzi Editoriale, Bologna, 2006; S. CECCHI, *Giustizia relativa e pena assoluta*, Liberilibri, Macerata, 2011; ID.-G. DI ROSA-P. BONETTI-M. DELLA DORA, *Sulla pena. Al di là del carcere*, Liberilibri, Macerata, 2013; ID.-G. DI ROSA-T. E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Liberilibri, Macerata, 2015.

apprendimento dei valori penalmente tutelati e socialmente condivisi⁴².

Un'ulteriore considerazione viene in merito: il delitto di illecita diffusione di immagini e video sessualmente espliciti e i relativi fenomeni criminali appaiono troppo appiattiti ad una retorica "di genere"; sicuramente, il contributo legislativo è frutto di uno specifico interessamento e attenzione alla condizione della donna, che statisticamente subisce maggiormente queste forme di violenza, tuttavia, ciò non esclude che la violenza della pornografia non consensuale non possa travolgere anche gli uomini o gli adolescenti di sesso maschile. Un diritto penale liberale, oggettivamente improntato alla tutela di beni giuridici, non può operare differenziazioni di trattamento sulla base del genere, a meno che non gli siano riconosciuti particolari interessi meritevoli di tutela.

La discussione sulla violenza di genere richiama, dunque, il rapporto fra diritto penale e condizione femminile e la possibilità di un equilibrio tra norme penali e specificità femminile; in una società che muove sempre più velocemente verso la parità di genere è necessario maneggiare con delicatezza queste argomentazioni onde scivolare in una retorica paternalista e liberticida, che releghi la donna a semplice feticcio da proteggere e controllare⁴³.

Pertanto, proprio perché non esistono esclusivi beni giuridici delle donne (eccetto i limitati

casi di diritto all'autodeterminazione in materia di maternità e dunque di aborto)⁴⁴ «difficilmente [...] troverebbe spazio, in una futura politica criminale della violenza di genere, sia pure con il lodevole intento di una più incisiva tutela delle donne, un "diritto penale femminile", ossia una rifondazione e ridefinizione di certi reati riconducibili al fenomeno della violenza maschile contro le donne che si faccia carico delle differenze della condizione femminile e della loro concreta rilevanza nei rapporti sociali. Vale a dire la costruzione di uno statuto giuridico-penale speciale per la soggettività femminile, che imponga una specificazione di certi delitti – pensati e costruiti con riferimento a un soggetto "neutro" e a prescindere da, se non contro, la specificità femminile, ma di cui di fatto le vittime sono di solito le donne e ad opera quasi sempre degli uomini – in base al genere di appartenenza del soggetto passivo»⁴⁵.

Difatti, sono completamente estromesse dal dibattito le eventualità che la vendetta sessuale possa essere esercitata contro un marito o fidanzato fedifrago o, comunque, le ipotesi di semplice pornografia non consensuale al fine di scherno e rivalsa, anche in ambiente lavorativo, contro un qualsiasi uomo, o peggio, contro un adolescente.

Per questi motivi, l'idea di differenziare la risposta punitiva in una prospettiva di genere nel codice penale, cioè distinzioni riguardanti il sesso, delineando ad esempio un

⁴² Nell'impostazione di Claus Roxin con tale espressione si intende l'effetto di apprendimento motivato social-pedagogicamente, quale "esercizio di fedeltà al diritto" suscitato nella popolazione dall'attività della giustizia penale. Per maggiore completezza sui tre scopi della prevenzione generale positiva si veda: L. EUSEBI, *La pena «in crisi»*, cit.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 17; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., p. 183; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 60.

⁴³ Secondo una teoria giuridica femminista, la rivendicazione di trattamento speciale in base al genere può tradursi in nuove forme di politiche di tutela delle donne duramente combattute dal femminismo dell'uguaglianza e della parità. Per maggiore completezza si

veda: C. SARACENI, *Femminismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, par. 4.

⁴⁴ «Per Ferrajoli il diritto alla maternità volontaria quale autodeterminazione della donna sul proprio corpo è l'unico diritto spettante unicamente alle donne, l'unico diritto per il quale "la differenza sessuale deve tradursi in diritto disuguale o, se si vuole, 'sessuato'". Diritto rispetto al quale peraltro mette in evidenza "che non solo esso non è ancora riconosciuto come tale in nessuna legislazione, ma che di solito il suo esercizio non è neppure interamente depenalizzato, ma è al massimo sottoposto a forme di legalizzazione più o meno controllate". Cfr. L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Dem. Dir.*, 1993, p. 63 e ss.». Citazione da A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., nota 123, p. 460.

⁴⁵ *Ibidem*.

sottosistema caratterizzato da discipline derogatorie volte a intensificare la protezione delle donne, sembra difficilmente praticabile per le ragioni di tipo garantistico e costituzionali, oltre a rappresentare – questo costante richiamo alla retorica sulla violenza di genere (in particolare si fa riferimento al cosiddetto femminicidio) – uno spauracchio vantaggioso al populismo penale⁴⁶.

Così, per utilizzare un'immagine evocativa, il diritto penale, è una nave la cui rotta deve essere costantemente tracciata dalla stella polare della politica criminale e il cui albero maestro è la prevenzione cui è issata la bandiera della prevenzione generale positiva⁴⁷; solo così il diritto penale, soprattutto nei casi di specie qui trattati, potrà essere efficace.

In ultima analisi, in disaccordo con l'opinione diffusa⁴⁸, chi scrive ritiene un'ottima proposta rendere partecipi gli stessi Internet Service Provider (i fornitori delle piattaforme di

condivisione dei contenuti), alla funzione preventiva, svolgendo campagne di informazione e sensibilizzazione sul tema, in aggiunta anche a quelle su un uso consono delle proprie stesse strumentazioni. Non è condivisibile, invece, l'incitamento, soprattutto dalle frange più estreme della società, alla censura e al blocco preventivi di piattaforme e utenti, poiché in una democrazia liberale e pluralista si deve spingere per cittadini e utenti internet consapevoli e responsabili.

Perciò, in definitiva, la trasparenza da parte dei gestori delle piattaforme, la cultura della legalità, il pluralismo, l'alfabetizzazione all'informazione, l'educazione alla conoscenza e percorsi di sviluppo delle capacità cognitive, non censure tecniche e normative, tutt'insieme, possono rappresentare gli strumenti più adeguati per opporsi ai fenomeni di pornografia non consensuale⁴⁹.

⁴⁶ Per una più esaustiva trattazione sulla questione di genere, femminismo e diritto penale si rimanda al pregevole contributo di A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., che approfondisce le argomentazioni a tutela della donna e nel rispetto del diritto penale liberale senza le strumentalizzazioni del circolo mediatico-politico e fuori dai cori del conformismo sociale.

⁴⁷ L'idea di prevenzione allargata, risultante dalla combinazione di aspetti positivi e di aspetti negativi, è oggi sostenuta in dottrina, con particolare convinzione da Antonio Pagliaro, che guarda con convinzione all'azione pedagogica della minaccia e all'impostazione funzionale dell'orientamento culturale: «Il sistema penale ha la capacità di inculcare nella popolazione certi giudizi di valore, i quali si manifestano in schemi comuni di comportamento morale che rappresentano una barriera contro tendenze criminali», A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 678, in S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 59.

⁴⁸ Si vedano: G.M. CALETTI, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-*

ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace? cit.; S. MADERNA, *I fenomeni del sexting e del revenge porn. Diffusione di materiale pornografico prodotto dalla vittima*, cit.; M. MATTIA, "Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici, cit.; G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale. *Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 65 e ss., che auspicano una più pregnante responsabilità dei cosiddetti Internet Provider, cioè i proprietari delle piattaforme o dei siti su cui vengono veicolati le immagini e i video, affinché si assumono l'onere di censurare o bloccare determinati contenuti sulla base di algoritmi o criteri piuttosto rigidi.

⁴⁹ Sul punto, in un'ottica di tutela della libertà di manifestazione del pensiero e di discorsi d'odio e disinformazione, si veda: V. Azzollini, *Chi ha paura della libertà di Internet? Trasparenza, alfabetizzazione all'informazione ed educazione alla conoscenza, non censure*, IBL Focus, n. 313, 2019.