

CATERINA PAONESSA

AI CONFINI DEL C.D. REVENGE PORN.
TESSERE DI UN MOSAICO NORMATIVO

AT THE FAR REACHES OF SO-CALLED REVENGE PORN.
PIECES OF A NORMATIVE MOSAIC

Included in the Italian Penal Code in 2019, the offense of so-called Revenge porn attempts to limit the perverse effects associated with the “digitalization” (by both oneself and others) of people’s sexual intimacy (understood as a new way of expressing sexual freedom). However, not every form of non-consensual disclosure of pictures or videos with a sexual content, though deplorable, is criminalized. The specificity of Art. 612-ter of the Italian Penal Code lies in the distortion of the (private) purpose for which the material was originally made in the relational context. Starting with a discussion of the principles of legality and selection of criminalized conduct, the essay focuses on what ought to be the correct ambit of the offense, also in relation to other existing provisions (first of all, article 615-bis and article 617-septies of the Italian Penal Code).

KEYWORDS *Revenge Porn – Illegal Interference in One’s Private Life – Cybercrime – Unlawful Disclosure*

SOMMARIO: 1. Il *novum* della “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”. – 2. Il limite esterno dell’art. 612-ter c.p. In particolare: il caso della c.d. “pedopornografia domestica”. – 3. I limiti interni della fattispecie: allestimento “intra-relazionale” ed esternalizzazione non consensuale dei contenuti a connotazione sessuale. – 4. La diffusione del materiale formato all’insaputa del partner. – 5. La diffusione del materiale realizzato o acquisito da terzi. – 6. La ricomposizione ermeneutica del quadro normativo.

1. *Il novum della “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”*

Revenge porn, al secolo “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”: è questo, a rigore, il *nomen iuris* che qualifica quel fenomeno – indubbiamente deplorabile – che, nella vulgata giornalistica, per lo più, così come nella quotidianità, viene spesso indicato con terminologia anglosassone, anche per semplificare una nomenclatura giuridica piuttosto articolata. Una qualificazione – quella usata dal legislatore italiano – in grado di fotografare un ventaglio comportamentale assai ampio, certamente più ampio di quello che deriverebbe dalla

semplice trasposizione in lingua italiana dell'anglicismo. Già da uno sguardo sommario ai contenuti della previsione incriminatrice, si intuisce, infatti, come il disvalore dell'art. 612-ter c.p. vada ben più in là della sfera comportamentale che sarebbe teoricamente riconducibile alla sola sostantivizzazione (nei fatti) del motivo dell'agire illecito ("Revenge porn" starebbe, letteralmente, per "vendetta pornografica").

Oltre modo noto è il *background* sociologico e criminologico che sta dietro il varo, nel 2019, della fattispecie "vessillo" del c.d. Codice Rosso¹, così come il risvolto tragico degli eventi che hanno operato da motore propulsivo della macchina legislativa. Su tali aspetti, pertanto, non è necessario indugiare.

Nella pur generale condivisione dell'intervento punitivo, deve, tuttavia, darsi atto di come, con l'inserimento codicistico della "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", a colmarsi non è stato un assoluto vuoto di tutela.

Alcune deprecabili modalità esecutive, oggi punite sotto la cornice dell'art. 612-ter c.p., non sfuggivano alla sanzione penale; già in passato, infatti, esse acquisivano rilevanza, se pure sotto forme diverse, legate ora alla tutela della propria onorabilità (diffamazione aggravata dal mezzo di pubblicità – art. 595, comma 3, c.p.)², ora alla salvaguardia della propria riservatezza domiciliare (interferenze illecite nella vita privata – art. 615-bis c.p.)³, ora, ancora, alla protezione dei propri dati personali (è il caso, segnatamente, dell'art. 167 del Codice della privacy ante riforma del 2018)⁴.

¹ Per una contestualizzazione, per tutti, cfr. G.M. 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, 2045 ss., nonché N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *Leg. pen.*, 20 gennaio 2020. Sulle novità "sostanziali" della l. 19 luglio 2019, n. 69, cfr., *ex plurimis*, P. PITTARO, *Il c.d. "Codice rosso" sulla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Fam. dir.*, 2020, fasc. 7, 735 ss.; A. VALSECCHI, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 165 ss.

² Così, ad esempio, Cass. pen., sez. V, 15 ottobre-15 novembre 2013, n. 45966, in *DeJure*, nonché ID., 19 marzo-14 ottobre 2015, n. 41276, in *Ced rv.* 265227.

³ Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2018-27 marzo 2019, n. 13384, in *Ced rv.* 275236; ID., 14 maggio-27 luglio 2018, n. 36109, in *Ced rv.* 273598.

⁴ Cass. pen., sez. III, 7 febbraio-14 giugno 2017, n. 29549, in *Ced rv.* 270458; sul punto, cfr., altresì, ID., sez. V, 17 dicembre 2020-25 gennaio 2021, n. 3050, in *DeJure*, che ha escluso la continuità normativa tra la previgente e l'attuale formulazione dell'art. 167 d.lgs. n. 196/2003, sottolineando come, con riferimento all'illecita condotta diffusiva di immagini o video sessualmente espliciti, ci si debba interrogare, al più, circa l'eventuale continuità con altre disposizioni vigenti, tra cui, segnatamente, l'art. 612-ter c.p. In tema, da ultimo, G. MARTIELLO, *La tutela penale dei dati personali: un'introduzione agli artt. 167, 167-bis e 167-ter del c.d. "Codice della privacy"*, in *disCrimen*, 2 marzo 2022.

Senza contare, poi, messa da parte la fattispecie di “pubblicazioni e spettacoli osceni”, depenalizzata nel 2016, per rimanere alle ipotesi più gravi, la possibile rilevanza ai fini degli “atti persecutori” (art. 612-*bis* c.p.), a cui si è affiancato, sul finire del 2017, un ulteriore tassello. Il riferimento è all’art. 617-*septies* c.p. (“diffusione di riprese e registrazioni fraudolente”)⁵, parimenti volto a sanzionare una condotta divulgativa, potenzialmente in grado di coprire alcune forme di diffusione di foto o video a contenuto erotico, anche se soltanto limitatamente ai casi in cui la ripresa o registrazione sia stata previamente “compiuta fraudolentemente”, da parte di chi si è trovato a presenziare in contesti “riservati”.

Ebbene, in questo quadro così composito, l’autonomizzazione della tutela per tramite dell’art. 612-*ter* c.p. offrirebbe il suo contributo a svincolare, almeno in linea di principio, l’apparato punitivo della “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” dalla ricerca di “finalità” ulteriori. L’unica particolarità riguarderebbe il comma 2 della fattispecie in esame che, in effetti, per la punibilità della divulgazione del materiale ricevuto o acquisito da altri richiede il dolo specifico dell’altrui nocumento⁶. Non c’è dubbio, ad ogni modo, che, con la disciplina complessivamente allestita, si sia cercato di far fronte a quelle insufficienze della tutela già esistente, la quale non sempre era in grado di irretire dinamiche complesse; si pensi, in particolare, alla diffusione non autorizzata di *selfie* intimi autoprodotti – c.d. *sexting* –, realizzati, quindi, senza l’intervento di terzi e volontariamente condivisi con altra persona che, poi, in assenza del consenso del soggetto ritratto, a sua volta, li trasmette ulteriormente ad altri.

Provando a fare un primo (approssimativo) bilancio, il fuoco della tutela parrebbe proiettato tutto sul contenimento degli effetti perversi legati alla “digitalizzazione” (auto o eteroprodotta) della propria intimità sessuale (quale nuova modalità di estrinsecazione della libertà sessuale). Ciò non significa, però, che ogni forma di diffusione non consensuale di fotografie o immagini aventi contenuto sessuale, per quanto disdicevole e lesiva si possa ritenere, ricada, per ciò solo, sotto la cornice applicativa dell’art. 612-*ter* c.p.

⁵ *Amplius*, C. PAONESSA, *Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617 septies c.p.)*, in *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso, Milano, Wolters Kluwer Italia-Cedam, 2018, 81 ss. Sull’applicabilità della fattispecie a contrasto di alcune forme di diffusione di video intimi, cfr. C. PARODI, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyberstalking*, in <https://www.magistraturaindipendente.it>, 2 febbraio 2020, § 1.2.

⁶ Individua in tale previsione «la principale debolezza dell’incriminazione italiana della pornografia non consensuale», G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all’epoca di Internet. L’art. 612-ter c.p. e l’incriminazione della pornografia non consensuale*, cit., 2084.

È questo un punto delicato, sul quale merita soffermarsi, perché la (certamente) legittima aspettativa di incriminazione di condotte assai invasive di una sfera così delicata e sensibile della personalità, rischia di dare àdito ad una surrettizia dilatazione *in malam partem* dei confini legislativi della fattispecie esistente, con irreparabile pregiudizio dell'istanza di legalità e frammentarietà dell'intervento punitivo.

2. Il limite esterno dell'art. 612-ter c.p.

In particolare: il caso della c.d. "pedopornografia domestica"

Passa in primo piano, allora, la questione della corretta perimetrazione dello spazio operativo dell'art. 612-ter c.p.

Come si è detto, la norma in esame si incunea nell'esistente giuridico non occupando un campo totalmente privo di tutela: come tale, dunque, essa non solo restringe, ma, a sua volta, si può trovare ad essere ristretta, in determinati contesti, da altre previsioni incriminatrici, la cui storicità può ben essere rappresentata dalla divulgazione di materiale privato a contenuto sessuale.

Verso l'alto, il confine esterno della tutela è tracciato dalla stessa disposizione normativa che, non a caso, si apre con la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato». Si tratta, a ben guardare, di un limite destinato, di fatto, ad operare in situazioni piuttosto circoscritte.

La relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, riguardante proprio le novità normative introdotte dalla l. n. 69/2019, si limita a menzionare, come evidenza più significativa, l'«applicabilità della più grave norma incriminatrice dell'estorsione nel caso in cui la diffusione delle immagini o dei video sia strumentale all'ottenimento di denaro o di altre utilità»⁷.

In sede di primo commento, l'usuale richiamo, anche in ragione dell'immediata correlazione con il drammatico input che ha dato impulso alla novità legislativa, è all'istigazione al suicidio (seguita dal suicidio della persona offesa) *ex art. 580 c.p.*⁸.

Ancora, là dove la diffusione sia succedanea alla "produzione" di materiale pedopornografico, potrebbe trovare applicazione la più grave previsione di cui

⁷ Relazione n. 62 del 27 ottobre 2019, consultabile sul sito <https://www.cortedicassazione.it> (cfr., in particolare, 19).

⁸ L. TAMBORINI, M. SIMICICH, *Il revenge porn ad un anno dall'entrata in vigore: prime considerazioni*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2020, fasc. 4, 783.

all'art. 600-ter, comma 1, c.p., che incrimina la pornografia nel presupposto che ci sia stata l'“utilizzazione” di un minore.

Una parentesi si impone, tuttavia, a tal proposito, in merito alla c.d. “pedo-pornografia domestica”, quando cioè il materiale sessualmente esplicito coinvolgente un minore sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto.

Va da sé che il materiale in questione non può essere messo in circolazione; se questa condizione si avvera – come hanno avuto modo di precisare di recente le stesse Sezioni Unite – «il minore, ancorché non “utilizzato” nella fase iniziale, deve essere ritenuto strumentalizzato [...] successivamente, e, cioè, nella fase di cessione o diffusione delle immagini», con la conseguenza che «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»⁹.

C'è, però, un'eccezione di cui occorre tenere conto: il consenso del minore stesso alla realizzazione del materiale pornografico. L'ordinamento, in certe situazioni, com'è risaputo, dà risalto all'autonomia sessuale di chi non ha ancora raggiunto la maggiore età; ne è un esempio il valido consenso che tale soggetto può esprimere agli atti sessuali ai sensi dell'art. 609-*quater* c.p. Ebbene, come chiarito dalle Sezioni Unite, il consenso in parola si può estendere anche alle riprese degli atti sessuali, facendo venire meno, in siffatte ipotesi, la configurazione del reato di produzione di materiale pornografico, sempre che le immagini o i video realizzati siano frutto di una libera scelta e siano destinati all'uso esclusivo dei partecipi all'atto¹⁰.

Al di fuori della situazione poc'anzi descritta, occorre procedere ad opportuni distinguo. Invero, «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 c.p.» (tale fattispecie prevale, in ragione della maggiore gravità, sull'art. 612-ter c.p.); «se, invece, la circolazione del materiale è frutto di successiva determinazione di chi lo

⁹ Così, Cass. pen., SS.UU., 28 ottobre 2021-9 febbraio 2022, n. 4616, in *Diritto e giustizia*, 10 febbraio 2022, che, al riguardo, ha precisato che «si ha “utilizzazione” del minore allorquando, all'esito di un accertamento complessivo che tenga conto del contesto di riferimento, dell'età, maturità, esperienza, stato di dipendenza del minore, si appalesino forme di coercizione o di condizionamento della volontà del minore stesso, restando escluse dalla rilevanza penale solo condotte realmente prive di offensività rispetto all'integrità psico-fisica dello stesso». Ne consegue, quindi, la necessità di procedere ad un serio accertamento del consenso del minore, sì da assicurare che esso sia stato «effettivamente consapevole e libero, scevro, cioè, da influenze da parte dell'adulto derivanti da abuso o approfittamento delle condizioni del minore stesso».

¹⁰ Cass. pen., SS.UU., 28 ottobre 2021-9 febbraio 2022, n. 4616, cit.

ha creato, dovranno trovare applicazione i commi seguenti dell'art. 600-ter c.p.»¹¹. A venire in rilievo, in tal caso, sarebbero specificamente i commi 3 e 4 c.p. della norma appena richiamata, relativi alla cessione del materiale pedopornografico, applicabili anche nel caso di immagini pornografiche autoprodotte dal minore (c.d. *selfie*)¹², ma meno gravemente puniti rispetto all'art. 612-ter c.p.

Diversamente da quanto potrebbe a prima vista sembrare, però, non si realizzerebbe qui alcuna discrasia punitiva. La possibile sovrapposizione tra le fattispecie, in effetti, riguarderebbe soltanto i casi in cui il minore è consenziente. Le Sezioni Unite – va ribadito – riconoscono rilevanza unicamente al consenso alla ripresa, non anche alla divulgazione del materiale pedopornografico. Si sottolinea, invero, che non rileverebbe in alcun caso la circostanza che la richiesta di divulgazione del materiale provenga o sia comunque assentita dal minore; il minore – è questo l'assunto di partenza – non potrebbe mai prestare validamente consenso alla circolazione del materiale realizzato, perché «presuntivamente non ha ancora raggiunto quel livello di maturità tale da consentirgli una valutazione davvero consapevole in ordine alle ricadute negative della mercificazione del suo corpo attraverso la divulgazione delle immagini erotiche, anche in considerazione del fatto che la circolazione stessa potrebbe essere ritardata nel tempo rispetto al momento della realizzazione delle immagini o dei video»¹³.

A differenza, dunque, di quanto accade per gli adulti sotto la cornice dell'art. 612-ter c.p., dove il consenso alla diffusione del materiale a contenuto sessualmente esplicito opera in chiave scriminante, con riguardo ai minori permane la connotazione penalmente illecita del fatto.

3. I limiti interni della fattispecie: allestimento “intra-relazionale” ed esternalizzazione non consensuale dei contenuti a connotazione sessuale

Proseguendo nel delineare i confini operativi della “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”, occorre rilevare che, verso il basso, il discorso diventa più articolato.

La corretta perimetrazione dell'art. 612-ter c.p. deve tenere in considerazione la circostanza che detta norma ha un determinato contesto fisiologico di rife-

¹¹ Cass. pen., SS.UU., 28 ottobre 2021-9 febbraio 2022, n. 4616, cit.

¹² Sul punto cfr. già Cass. pen., sez. III, 21 novembre 2019-12 febbraio 2020, n. 5522, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, fasc. 3, 1621 ss., con nota di C. 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*, *ivi*, 1626 ss.

¹³ In questi termini, ancora, Cass. pen., SS.UU., 28 ottobre 2021-9 febbraio 2022, n. 4616, cit.

rimento: sullo sfondo della tutela si pongono, infatti, precise dinamiche relazionali tra i soggetti coinvolti. Il dato non è di immediata evidenza, ma allo stesso portano due elementi: da un lato, una lettura della fattispecie fedele al significato linguistico delle caratterizzazioni strutturali dell'art. 612-ter c.p.; dall'altro lato, l'inquadramento sistematico della fattispecie rispetto all'ambito operativo di ulteriori reati.

In relazione al primo profilo, il principale elemento catalizzatore è dato dall'oggetto materiale del reato, che deve riguardare «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati».

La destinazione privata sposta l'attenzione, in particolare, sul "confezionamento" del materiale in questione, confezionamento che, comunque, fuoriesce dal fuoco della fattispecie, perché antefatto non punibile, tanto dell'ipotesi regolata dal primo comma (invio, consegna, cessione, pubblicazione, diffusione – senza il consenso delle persone ivi rappresentate – di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, «dopo averli realizzati o sottratti»), quanto di quella disciplinata nel secondo comma (invio, consegna, cessione, pubblicazione, diffusione – senza il consenso delle persone ivi rappresentate – di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, avendoli «ricevuti» o comunque «acquisiti») dell'art. 612-ter c.p.

Nelle ipotesi in esame, infatti, il bersaglio non è la captazione in sé delle immagini o video di momenti intimi (all'insaputa o meno del partner), né, la loro mera sottrazione, ricezione o acquisizione, in qualunque modo sia avvenuta. Il bersaglio è, invero, la fuoriuscita di quel materiale – dal contenuto evidentemente compromettente – dal circuito ristretto (confidenziale) nel quale doveva rimanere confinato. In assenza di inequivoci segnali in senso contrario, il peculiare contenuto delle immagini o dei video considerati dall'art. 612-ter c.p., d'altra parte, ne rende pressoché scontata la loro destinazione riservata, cioè "non pubblica", circoscritta alla sola cerchia originaria di destinatari (inevitabilmente ristretta), cui quello stesso materiale era diretto.

Ebbene, da questa caratterizzazione del fatto tipico, discendono alcune implicazioni. A ben guardare, infatti, la divulgazione di cui all'art. 612-ter c.p. ha come retroterra inespreso – e quindi come presupposto – la formazione "intra-relazionale" del materiale "a contenuto sessualmente esplicito", ossia la formazione del materiale ad opera degli stessi soggetti che ivi sono rappresentati. Solo così acquisterebbe senso l'esplicita caratterizzazione come "privata" della destinazione dell'oggetto materiale del reato.

Detto altrimenti: la diffusione illecita del materiale a contenuto sessualmente esplicito, penalmente rilevante ai sensi dell'art. 612-ter c.p., presuppone un allestimento "lecito" di quello stesso materiale oggetto di divulgazione¹⁴.

Questo si verifica chiaramente – senza che possa insorgere alcun dubbio – nel caso in cui ci sia il consenso di tutti i soggetti coinvolti alla formazione del materiale sessualmente esplicito, ossia quando la ripresa video o fotografica avviene senza inganno, alla luce del sole. Nondimeno, ai fini dell'art. 612-ter c.p., a tale situazione si potrebbe assimilare anche l'ipotesi della formazione di analogo materiale da parte di uno (o di alcuni) soltanto dei soggetti coinvolti all'insaputa dell'altro (o degli altri), sempreché si trattenga per sé (magari per mero voyeurismo personale) il materiale in questione, che rimane, quindi, "riservato".

A colorare di illiceità le due situazioni delineate (allestimento di foto e video a contenuto sessuale in modo consensuale tra i soggetti coinvolti o da uno di essi all'insaputa degli altri) è, come si è detto, la fuoriuscita – volontaria e senza l'altrui accondiscendenza – del materiale "scottante" dall'originario perimetro relazionale privato, sia esso condiviso o meno da tutti i soggetti coinvolti.

La "mancanza di consenso" a cui la norma fa riferimento – va precisato – è un requisito di tipicità che si aggiunge alla caratterizzazione come "privata" della destinazione dell'oggetto materiale del reato (il materiale sessualmente esplicito), ma non la sostituisce. Trattandosi dei due limiti su cui poggia la configurabilità dell'art. 612-ter c.p., i due requisiti – la destinazione privata e la mancanza di consenso – sono tra loro irriducibili: entrambi devono sussistere contemporaneamente e non possono operare in alternativa tra loro.

La mancanza di consenso alla diffusione determina, in particolare, una cesura rispetto all'eventuale manifestazione di volontà espressa con riguardo alla ripresa video/fotografica di momenti attinenti alla sfera della sessualità. Un conto è disporre consapevolmente della propria intimità sessuale (in quanto aspetto della propria libertà sessuale, si tratta di un bene disponibile), altro è dedurre da ciò, automaticamente, la volontà di rendere disponibile il materiale alla mercé di chiunque. La mancanza di consenso diventa addirittura esponenziale, là dove una manifestazione di volontà sia mancata nella fase genetica del confezionamento del materiale a contenuto sessualmente esplicito. Diversamente, come si è anticipato, in presenza di un consenso alla divulgazione, la configurabilità della fattispecie resterebbe preclusa ad opera dell'art. 50 c.p.

Provando a riannodare i fili.

L'art. 612-ter c.p. si fonda su due perni operativi: 1) la creazione "lecita" di

¹⁴ D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, in *disCrimen*, 7 gennaio 2022, 6.

video o immagini a connotazione sessuale all'interno di un contesto relazionale; 2) la non consensuale pubblicizzazione del medesimo materiale.

La specificità dell'art. 612-ter c.p. risiede, in particolare, nella distorsione del fine (privato) per cui il materiale a contenuto sessualmente esplicito è stato in origine realizzato nel contesto relazionale. È questo contesto a lasciar presumere la lealtà e il reciproco affidamento di quanti sono coinvolti nell'atto sessuale consensualmente ripreso o fotografato; la diffusione all'esterno di tale materiale segna, per converso, la rottura di tale "rapporto fiduciario".

Ciò vale quale che sia la modalità attraverso cui l'agente è entrato in possesso delle immagini che ha successivamente divulgato: sia se ha contribuito alla sua realizzazione o lo ha sottratto (comma 1); sia se lo ha ricevuto o acquisito in altro modo (comma 2), ipotesi rispetto alla quale, comunque, la diffusione deve avvenire con la finalità di recare nocumento ai soggetti rappresentati.

Ancora una precisazione: il contesto relazionale a cui si allude non necessariamente implica un legame affettivo, né una determinata forma di manifestazione "giuridica", tant'è che ove si verificano tali condizioni scatta l'applicazione di un'aggravante. Si dispone, infatti, un incremento di pena nel caso in cui la condotta sia stata realizzata dal «coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa» (comma 3).

L'abuso del rapporto fiduciario tra le parti, quale fulcro della tutela assicurata dall'art. 612-ter c.p., va detto, spiegherebbe bene, peraltro, la collocazione sistematica della norma tra i delitti contro la libertà morale: come non si è mancato di osservare, in effetti, in assenza di violenza o minaccia, la violazione dell'autodeterminazione del soggetto nell'ambito della propria sfera sessuale deriverebbe proprio da questa «proditorietà»¹⁵, dal tradimento della reciproca fiducia nel contesto relazionale.

Si è accennato ad un secondo profilo, ossia alla questione del rapporto tra il nuovo art. 612-ter c.p. e altre fattispecie incriminatrici. La corretta perimetrazione della norma in esame passa anche per questo aspetto.

Due sono i nodi critici: uno lo si è già anticipato, ma merita riprenderlo, ossia il caso della diffusione di video o immagini a contenuto sessualmente esplicito formati all'insaputa del partner (quindi sempre all'interno di un contesto relazionale); l'altro concerne la diffusione del materiale predetto nel caso in cui lo stesso sia stato realizzato o acquisito all'insaputa dei soggetti coinvolti (quindi da un terzo).

¹⁵ Si esprime in questo modo D. MICHELETTI, *L'intervento pubblicitario quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, cit., 6-7. Perplessità sulla collocazione sistematica della norma sono state sollevate anche da S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 456-457.

4. La diffusione del materiale formato all'insaputa del partner

In prima battuta, la captazione all'insaputa del partner potrebbe indurre a ritenere applicabile, se si versa in un luogo di privata dimora e si utilizzano indebitamente mezzi di ripresa visiva e sonora, la previsione di cui al primo comma dell'art. 615-*bis* c.p. A supportare tale considerazione sarebbe quell'orientamento giurisprudenziale, per la verità non sempre condiviso¹⁶, che, al prezzo di una innegabile forzatura del dettato legislativo, ritiene integrata la fattispecie di interferenze illecite nella vita privata in ragione della lesione del diritto alla riservatezza del partner ignaro, derivante di per sé dal mancato consenso alla ripresa¹⁷.

La torsione delle interferenze illecite, mossa verosimilmente dall'esigenza di non lasciare sguarnite di tutela alcune situazioni ritenute, invece, meritevoli di protezione, tuttavia, a fronte dell'inserimento nel codice, nel 2017, dell'art. 617-*septies* c.p. e, a ruota, nel 2019, dell'art. 612-*ter* c.p., non appare più giustificabile.

La divulgazione di materiale "privato" formato all'insaputa del partner, invero, implicando una condotta fraudolenta, dovrebbe essere ricondotta più correttamente all'art. 617-*septies* c.p.¹⁸, che, come si è detto, sanziona, nel nostro ordinamento, con la reclusione fino a quattro anni, la diffusione di riprese (e registrazioni) fraudolente. Il disvalore della fattispecie – collocata tra i delitti contro l'inviolabilità dei segreti – è tutto concentrato sulla abusiva messa in circolazione del contenuto di incontri e di conversazioni riservate da parte di chi vi abbia partecipato. Il contesto che fa da sfondo all'illecito concerne situazioni "riservate", a prescindere dal luogo in cui si svolgono, a dimostrazione che la riservatezza attie-

¹⁶ Con maggiore aderenza al dato testuale della previsione normativa, si è ritenuto che non integri il reato di cui all'art. 615-*bis* c.p. la condotta di chi provveda a filmare in casa propria rapporti intimi intrattenuti con la convivente, in quanto l'interferenza illecita prevista e sanzionata dal predetto articolo «è quella proveniente dal terzo estraneo alla vita privata, e non già quella del soggetto che, invece, sia ammesso, sia pure estemporaneamente, a farne parte»; così, Cass. pen., sez. V, 10 gennaio-8 maggio 2017, n. 22221, in *Ced* rv. 270236. Analogamente cfr. Cass. pen., sez. V, 2 maggio-13 giugno 2018, n. 27160, in *Ced* rv. 273554, nonché già ID., 28 novembre 2007-14 gennaio 2008, n. 1766, in *Ced* rv. 239098.

¹⁷ Si pensi, segnatamente, al caso di chi filma, con telecamera nascosta, un rapporto sessuale condiviso, là dove il partner non abbia implicitamente o esplicitamente prestato il proprio consenso alla ripresa (Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2018-27 marzo 2019, n. 13384, in *Ced* rv. 275236) o, ancora, di chi filma la propria moglie, nuda o seminuda, all'interno del bagno o della camera da letto, intenta all'igiene del corpo o alla cura della persona, in assenza di elementi attestanti la circostanza che la donna volesse condividere tali momenti di intimità (Cass. pen., sez. V, 14 maggio-27 luglio 2018, n. 36109, in *Ced* rv. 273598).

¹⁸ Propende per questa soluzione M. PIERDONATI, *La tutela penale delle persone vulnerabili con particolare riferimento all'analisi della legge 19 luglio 2019, n.69 (c.d. 'codice rosso')*, in *Giust. pen.*, II, 2020, fasc. 3, 186.

ne, più che ad una determinata dimensione spaziale, alle modalità prescelte per esternalizzare i propri comportamenti e pensieri, a partire dalla selezione degli stessi destinatari.

Questo scenario, indubbiamente, avvalorata la legittima aspettativa del soggetto coinvolto a non vedere fraintesi i propri atteggiamenti. Ciò che si vuole evitare è, in altre parole, il rischio di “eteroesposizione” pubblica della persona, ossia il rischio che quest’ultima possa a subire, per mano altrui, la pubblicità di propri comportamenti, gesti, parole con una potenziale (e difficilmente contenibile) proiezione lesiva sulla sua reputazione o immagine. A rilevare non sarebbe qui tanto la violazione del riserbo in sé, quanto, piuttosto, il rischio di distorsione, e possibile strumentalizzazione, di aspetti (volutamente) riservati della propria esistenza.

L’art. 617-*septies* c.p. richiede espressamente che l’attività di ripresa (o registrazione) sia stata effettuata «fraudolentemente». L’avverbio sembrerebbe alludere a modalità “occulte”, ossia alla circostanza che le riprese (o le registrazioni) siano avvenute all’insaputa del soggetto ripreso (o registrato). Questo lo si desumerebbe dalla peculiare ambientazione del reato. Se così è, il requisito della frodolenza parrebbe spogliarsi del suo significato specifico, per risolversi piuttosto nella attestazione della rottura del “rapporto fiduciario” delle parti, con la conseguenza di essere sempre dato per assunto a fronte di riprese (o registrazioni) non autorizzate, e questo, per l’appunto, in ragione del particolare contesto che fa da sfondo alla disposizione incriminatrice, che lascia presumere la lealtà e il reciproco affidamento di quanti sono coinvolti nel perimetro riservato dell’incontro (o della conversazione).

Alla luce della dilatazione concettuale a cui si presta l’espressione normativa – al limite di una analogia *in malam partem* – è fuori discussione che il carattere clandestino della ripresa o della registrazione debba valutarsi obiettivamente. Partendo dall’assunto che il disvalore della diffusione di riprese e registrazioni fraudolente sta in momento antecedente rispetto alla diffamazione, si deve gioco-forza riconoscere che lo sfruttamento, a danno altrui, di quanto si è appreso per essere stato coinvolto, sia pure casualmente, in contesti riservati, implica, comunque, un nesso di occasionalità necessaria con l’acquisizione di suoni o immagini, tanto da assumere le forme di una vera e propria preordinazione.

Ciò porta, quindi, a ritenere che la figura del divulgatore debba coincidere con quella di chi ha effettuato in precedenza la ripresa (o la registrazione); la separazione soggettiva appare, del resto, scarsamente plausibile in considerazione del contesto empirico della disposizione incriminatrice.

L’entrata in vigore dell’art. 612-*ter* c.p., va detto, ha fortemente contratto lo spazio operativo della diffusione di riprese (o registrazioni) fraudolente, che già aveva, comunque, limiti suoi propri, in quanto inadatta a contemplare, ad esem-

pio, la divulgazione di materiale derivante da mezzi di captazione “statica”, come nel caso delle fotografie.

La diffusione di materiale a contenuto sessualmente esplicito formato all’insaputa del partner dovrebbe, dunque, ricadere, in ragione della maggiore gravità e specificità, sotto la cornice dell’art. 612-ter c.p., fermo restando, in ogni caso, che la mera formazione di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito all’insaputa di uno o più dei soggetti coinvolti non ha alcuna rilevanza sul piano penale.

5. La diffusione del materiale realizzato o acquisito da terzi

Fin qui si sono considerate possibili dinamiche interpersonali tra i soggetti coinvolti nelle immagini o nei video a contenuto sessualmente esplicito.

Resta un’altra situazione da esaminare: la diffusione del predetto materiale realizzato o acquisito all’insaputa dei soggetti coinvolti, ossia da parte di “terzi”. La questione ruota ancora una volta sull’oggetto materiale del reato e, segnatamente, sulla qualificazione normativa che ne richiede la destinazione “privata”.

Si tratta di un elemento che, se preso sul serio, restringe non poco la portata della fattispecie incriminatrice in esame. Delle due l’una: o si annulla il requisito, ritenendolo di per sé sussistente ogni qualvolta manchi il consenso dei soggetti coinvolti alla ripresa, svilendo, in questo modo, però, un dato testuale della previsione incriminatrice e ampliandone notevolmente la portata fino a riconoscere rilevanza penale ad ogni condotta avente ad oggetto la diffusione di materiale sessualmente esplicito, realizzato e acquisito da un terzo, che evidentemente non faccia parte del contesto relazionale. Oppure, se si intende salvaguardare l’autonomia di significato dell’inciso, posto che il requisito della mancanza del consenso è già di per sé esplicitato dal legislatore, è giocoforza ritenere che tale possibilità non possa essere in alcun modo contemplata.

Sulla questione si è registrata, da ultimo, una significativa pronuncia di merito¹⁹, la quale ha affermato a chiare lettere che la destinazione privata del materiale sessualmente esplicito è un requisito che non può essere obliterato nella mancanza di consenso degli interessati. L’inciso «destinati a rimanere privati», indiscuti-

¹⁹ Il riferimento è a Trib. Reggio Emilia, 22 novembre 2021, n. 528, consultabile in *disCrimen*, 7 gennaio 2022, con nota di D. MICHELETTI, *L’interservio publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, cit. La vicenda riguardava la divulgazione via WhatsApp del video di un rapporto sessuale ripreso nel bagno di una discoteca, all’insaputa della coppia ritratta, da una persona che, nel caso di specie, era riuscita a filmare la scena con il proprio cellulare allungando il braccio al di sopra di un muro divisorio.

bilmente riferito alle immagini e video sessualmente espliciti, ricopre, invero, all'interno della ricostruzione della materialità del fatto tipico, «una propria autonomia semantica e giuridica». Ne consegue – si osserva ancora – che esso ha la funzione di conferire «valore penale solo a quelle ipotesi in cui l'invio, la consegna, la cessione, la pubblicazione o la diffusione concernano materiale sessualmente esplicito, precedentemente condiviso o realizzato dalla coppia all'interno del contesto relazionale, realizzati consensualmente in un contesto connotato da reciproca fiducia». Da qui la conclusione secondo cui, ai fini dell'art. 612-ter c.p., «allo stato attuale», in mancanza di una diversa ed espressa presa di posizione legislativa, «non riveste alcuna rilevanza penale» la condotta avente ad oggetto la diffusione di materiale sessualmente esplicito, realizzato e acquisito da un terzo, «che evidentemente non faccia parte del contesto relazionale»²⁰.

L'asimmetria punitiva che in conseguenza di ciò si verrebbe a determinare non potrebbe essere, dunque, in alcun modo colmata in via interpretativa. Il carattere fortemente censurabile delle condotte, invero, non può far perdere il contatto con il testo e, quindi, con la formulazione letterale della fattispecie, che è innegabile espressione di garanzia in materia.

Conseguentemente, data la presenza dell'inciso «destinati a rimanere privati», non c'è reato se il terzo “estraneo” al contesto relazionale realizza o acquisisce materiale in cui si ritrae o si riprendono soggetti inconsapevoli, ma che si sono esposti volontariamente o inavvertitamente alla possibile visibilità altrui²¹.

Un discorso a parte va fatto nel caso di acquisizione illecita e successiva divulgazione dei video o delle immagini allorché l'atto sessualmente esplicito ivi ritratto o ripreso sia realizzato in un luogo di privata dimora o in un contesto comunque riservato, posto che qui il soggetto dovrebbe rappresentarsi l'illiceità della successiva diffusione.

Si pensi, per esempio, al caso dell'ospite che mentre sta andando in bagno si accorge che altri due commensali stanno consumando un rapporto sessuale in una stanza attigua e con il telefonino riprende la scena che poi divulga ad un altro ospite, il quale, a sua volta, la condivide in un gruppo WhatsApp.

Nella formazione delle foto e delle immagini non c'è alcuna interazione dei soggetti coinvolti e questo esclude, per le ragioni dette, la configurabilità

²⁰ Così, ancora, Trib. Reggio Emilia, 22 novembre 2021, n. 528, cit.

²¹ Rileva efficacemente D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, cit., 7, «che chi si apparta maldestramente in preda a furore amoroso, senza premunirsi di non essere visto, non può che imputare a sé stesso l'eventuale cattura e diffusione di immagini che lo riguardano»; qui, d'altra parte, la non punibilità sarebbe la contropartita della recente depenalizzazione delle fattispecie di atti osceni in luogo pubblico di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 527 c.p.

dell'art. 612-ter, comma 2, c.p., in quanto non c'è, a monte, una formazione lecita del materiale. Non si tratterebbe, comunque, di un'area sguarnita di tutela, potendo eventualmente trovare applicazione le ipotesi di cui agli artt. 615-bis, comma 2, e 617-septies c.p.

6. La ricomposizione ermeneutica del quadro normativo

Quanto a gravità, l'art. 612-ter c.p. segue a ruota, nel contesto dei delitti contro la libertà morale, la previsione immediatamente precedente degli atti persecutori. Il severo limite edittale di pena (reclusione da uno a sei anni e multa da 5.000 a 15.000 euro), pur ponendo alcuni significativi sbarramenti, nondimeno lascia aperta la porta al possibile scenario definitorio delineato dall'art. 162-ter c.p.; diversamente da quanto accade per lo *stalking*²², in effetti, nessuna esplicita preclusione opera qui per l'eventuale estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie. La fattispecie in esame, invero, con la sola eccezione delle ipotesi delineate dall'ultimo comma, abilitanti la procedibilità *ex officio* a fronte di fatti commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o di donna in stato di gravidanza, oltre che nei casi di connessione con altro delitto per il quale si debba procedere d'ufficio, affida ordinariamente alla persona offesa – nel termine di sei mesi – la scelta se perseguire o meno l'illecito, consentendone poi l'eventuale rimessione soltanto in sede processuale. Ciò vale anche per le circostanze che incrementano il trattamento punitivo ivi previsto: in aggiunta all'aggravante legata ai rapporti personali tra i soggetti coinvolti, a cui si è già accennato (cfr. *retro* § 3), è disposto, in effetti, un ulteriore aumento di pena «se i fatti [di diffusione di video o immagini sessualmente espliciti] sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici» (art. 612-ter, comma 3, c.p.).

Proprio con riguardo a quest'ultima ipotesi non è difficile rendersi conto che, quella che a prima vista potrebbe sembrare una modalità “eccezionale” (e quindi remota) di realizzazione dell'illecito, a conti fatti, rischia di rappresentarne, all'opposto, la modalità “ordinaria” di configurazione. Il disvalore dell'art. 612-ter c.p. si polarizza specificamente sulla propalazione del materiale a contenuto sessualmente esplicito, senza dubbio facilitata dai mezzi in questione, anche per la loro straordinaria accessibilità e capacità amplificativa dei contenuti. Non si fa-

²² Come noto, la limitazione è stata inserita per effetto dell'art. 1, comma 2, della l. 4 dicembre 2017, n. 172, che ha escluso espressamente l'applicabilità dell'istituto all'art. 612-bis c.p.; sul punto cfr., da ultimo, S. GIANNINI, *La causa di estinzione del reato per condotte riparatorie. Criticità e prospettive di riforma*, in *disCrimen*, 2021, fasc. 3, 334 ss.

tica, pertanto, ad immaginare che il reato – un po' come il furto, volendo fare un paragone, per quanto forzato, con un altro comparto – raramente sarà contestato nella forma “semplice”.

Nel quadro tracciato, la perseguibilità a querela può sollevare, di primo acchito, qualche perplessità in rapporto alla forte carica afflittiva della diffusione di immagini o video sessualmente espliciti, di fatto monetizzabile attraverso il meccanismo dell'art. 162-ter c.p., ma che, allo stesso tempo, consente di dare corso alla custodia cautelare in carcere, atteso che, su input sempre della l. n. 69/2019, il delitto in questione è stato incluso nel catalogo dei reati per cui, ex art. 275, comma 2-bis, c.p.p., la misura si può applicare anche senza che il giudice ritenga che all'esito del giudizio sarà irrogata una pena detentiva pari o superiore ai tre anni di reclusione.

La gravità del fatto – com'è evidente – viene ad assumere nel contesto di riferimento una configurazione di stampo marcatamente soggettivistico; sarà, infatti, la parte lesa a farsi direttamente interprete del bisogno di pena attraverso l'attivazione o meno della condizione di perseguibilità. L'opzione si rivela coerente, da un lato, con la dimensione riservata “intra-relazionale” nella quale deve ambientarsi il materiale video o fotografico oggetto di divulgazione, e, dall'altro lato, con il carattere disponibile del bene giuridico tutelato. Analogamente, del resto, accade – pur nella particolare caratura della fattispecie – con riguardo alla diffusione di riprese (e registrazioni) fraudolente di cui all'art. 617-septies c.p.

Sulla scorta di quanto si è osservato in precedenza, la condizione di procedibilità è dunque suscettibile di attivare, in potenza, plurimi scenari che necessitano, però, di essere adeguatamente ricomposti secondo una logica di proporzionalità e coerenza del complessivo intervento punitivo. Detta logica, va da sé, sul piano ermeneutico, non può che essere cercata, in prima battuta, direttamente nel linguaggio precettivo. Soltanto tenendo dritta la barra sul testo normativo, infatti, le tessere del mosaico tornano a ricomporsi, consentendo di dare specificamente risalto alle effettive esigenze di tutela che stanno dietro il rigore sanzionatorio dell'art. 612-ter c.p.

A venire in rilievo, invero, non è la salvaguardia dell'intimistico sentimento di sé. Se ne ha conferma dalla circostanza che la tutela penale si ritrae dinnanzi alla mera acquisizione abusiva di rappresentazioni di aspetti di vita privati, i quali, come si è visto, non sono puniti se non quando penetrino la riservatezza domiciliare nelle modalità – comunque ristrette – delineate dall'art. 615-bis c.p.

Piuttosto, la proiezione della tutela è nel senso di precludere l'indebita “messa in piazza” dell'intimità personale. Le recenti incriminazioni di condotte diffuse,

tanto nel caso dell'art. 612-ter c.p., quanto nell'ipotesi dell'art. 617-septies c.p., sono accomunate dall'esigenza di tutelare l'"identità sociale" della persona²³, ossia la sua dimensione relazionale, che ne sottintende l'autogestione attraverso la preclusione dell'indebito trapelare all'esterno di momenti intimi per mano altrui. Ne deriva una *escalation* di offensività, che, necessariamente, pone secondo un ordine di gravità a scalare il tradimento della fiducia della persona offesa, a seconda che la violazione provenga dall'interno dell'intimità relazionale (art. 612-ter c.p.) oppure dall'esterno (art. 617-septies c.p.).

²³ F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in questa *Rivista*, 2018, 206-207 (consultabile anche in *disCrimen*).