

IL DELITTO DI DIFFUSIONE ILLECITA DI IMMAGINI O VIDEO
SESSUALMENTE ESPLICITI EX ART. 612-TER C.P. E I PROFILI PIÙ
CRITICI

Andrea R. Castaldo*

SOMMARIO: 1.- Introduzione; 2.- Le fattispecie; 3.- L'elemento soggettivo; 4.- Il contenuto minimo della condotta lesiva; 5.- Il "revenge porn" come forma avanzata di "cyberbullismo"; 6.- Il problema delle misure cautelari; 7.- Conclusioni.

1.- Introduzione

Il delitto più innovativo (e probabilmente atteso) introdotto con la legge n. 69 del 2019 (c.d. "Codice rosso") è il reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti di cui all'articolo 612-ter c.p.¹, anche noto come reato di "revenge porn" o condotte di c.d. "sexting", ossia la 'condivisione', senza il consenso delle persone rappresentate, di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito e destinati a rimanere privati.

L'introduzione della disposizione era auspicata da associazioni di categoria impegnate contro la violenza sulle donne e sollecitata da diverse raccomandazioni in ambito internazionale (Nazioni Unite, Consiglio d'Europa, Unione Europea, GREVIO), cui il Legislatore interno si è infine dovuto conformare.

Scopo della norma è di «[...] contrastare il fenomeno della divulgazione e della minaccia di divulgazione di immagini sessualmente esplicite, dopo la loro realizzazione, senza il consenso delle persone ritratte. Spesso tali fatti si sono verificati a seguito dell'interruzione di un rapporto di coppia o a del diniego della persona offesa di riprendere una relazione intima. La diffusione dell'immagine attraverso i social media o via chat diventa quindi una forma di vendetta o di ritorsione con effetti drammatici per la vita privata della vittima [...]»².

* *Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Salerno*

¹ Articolo 612-ter, comma 1, 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».

Comma 2: «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 nocumento».

² *Il Rapporto: un anno di "Codice Rosso"*, a cura del Ministero della Giustizia.

Benché la spinta parlamentare per l'inserimento della disposizione nel codice penale fosse motivata dalle migliori intenzioni, non pochi sono gli snodi critici ancora insoluti, che potrebbero dare luogo a distorsioni pericolose, soprattutto sul piano della condotta potenzialmente punibile del presunto soggetto attivo, che, come noto, gode di garanzie costituzionali dalle quali non è dato prescindere.

2.- La fattispecie

L'art. 612-*ter* c.p. descrive due fattispecie incriminatrici, al primo e al secondo comma.

La prima, preceduta da una clausola di riserva, sanziona con la pena della reclusione da uno a sei anni e con multa da 5.000 a 15.000 euro la condotta di colui che, «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 evidente che, in questo caso, il consenso eliderà direttamente il fatto tipico, del quale costituisce parte integrante (come nel caso dei delitti di violenza sessuale o di violazione di domicilio), viceversa non incidendo sull'antigiuridicità *ex art. 50 c.p.*

Al secondo comma è sanzionata la condotta di chi, dopo aver ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, a sua volta li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocimento.

Soggetto attivo del reato è chiunque, come specifica la norma. Invero, solo chi ha precedentemente fatto o comunque acquisito foto o video a contenuto sessualmente esplicito può effettivamente realizzare la condotta. In questo caso, avveduta dottrina³ ha parlato di 'qualifica implicita', che sembra assente dal mero dato letterale ma è desumibile a livello ermeneutico.

3.- L'elemento soggettivo

Da subito si evince una differenza molto marcata tra la prima e la seconda fattispecie sul piano dell'elemento soggettivo: infatti, il soggetto attivo di cui al secondo comma sarà punibile solo se il dolo (coscienza e volizione dell'evento) assumerà la forma del dolo specifico, perché la condotta dell'agente – così come ritagliata dalla norma in nome del principio di frammentarietà – deve essere teleologicamente orientata alla produzione di un danno alla persona rappresentata nelle immagini o video sessualmente espliciti.

³ A. Fiorella, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in A. M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 193 ss.

Mentre, invece, l'elemento soggettivo di cui al primo comma è il dolo generico: questa differenza in tema di elemento psicologico del reato è dovuta, nella *mens legis*, ad una maggiore gravità della condotta di chi per primo pubblica questo tipo di materiale privato ed una minore lesività di chi invece, dopo averlo ricevuto, le condivide a sua volta.

Rileva anche far notare che dal punto di vista criminologico, come emerge anche dal Rapporto del Ministero della Giustizia, il fine di recare danno alla persona rappresentata è proprio solitamente di chi per primo invia o comunque diffonde foto o video a contenuto sessualmente esplicito destinati a rimanere privati. Chi, invece, una volta ricevuto o comunque acquisito quel tipo di materiale, lo pubblica o condivide a sua volta ha, nella maggioranza dei casi, un intento ludico che, per quanto indubbiamente offensivo, non rientra nelle finalità di recare danno alle persone rappresentate e quindi non passibile di sanzione penale. Stando così le cose, sarà molto meno applicata la fattispecie di cui al secondo comma, rispetto a quella del primo.

Inoltre, questa costruzione della fattispecie di cui al primo comma non corrisponde in nessuna maniera alla dicitura "revenge porn": solo l'incriminazione al secondo comma contempla il fine di cagionare un danno alla persona ritratta con la condotta di trasmissione delle foto o video. Di qui una distorsione che non rispecchia la volontà del legislatore: la condotta di "revenge porn", *stricto sensu*, è destinata ad essere scarsamente applicata.

Senza poi considerare che, come è stato fatto notare, quella appena descritta costituisce «una dizione, pertanto, più ampia di quella della vendetta o della ritorsione, anche se comunque ristretta a finalità nocive»⁴. Infatti, la condotta di cui al primo comma viene sanzionata a prescindere da qualsivoglia finalità perseguita dal soggetto attivo.

4.- Il contenuto minimo della condotta lesiva

Di qui poi un'altra grande questione: qual è il contenuto minimo della condotta passibile di sanzione penale? Questione apertissima anche in mancanza di giurisprudenza sul punto considerato che, secondo il principio di legalità in materia penale, la norma copre solo le condotte poste in essere dal luglio del 2019 in avanti. Infatti, un conto sarebbe un rapporto sessuale (completo o parziale) ripreso mediante video o foto che pacificamente rientrerebbe nella fattispecie come oggetto materiale del reato, ma – a titolo esemplificativo – la trasmissione di una semplice foto in costume di una ragazza o ragazzo sarebbe idonea ad innescare la sanzione da uno a sei anni di reclusione di cui all'art. in questione?

⁴ P. Pittaro, *Il c.d. "codice rosso" sulla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Famiglia e Diritto*, fasc. 7/2020, 735 ss.

Per risolvere questo problema non pare poi ragionevole affidarsi al contenuto minimo della violenza sessuale *ex art. 609-bis cp.* In questo caso, sarebbe punibile *ex art. 612-ter* la diffusione di foto o il video in cui viene ritratto un bacio non voluto o forzato tra due ragazzi e ciò costituirebbe certamente un risultato non ricevibile.

Diventa quindi lecito domandarsi se corrisponda ad esigenze di tutela giustificabili adottare la stessa modalità di trattamento per situazioni che oggettivamente hanno un coefficiente di offensività molto diverso tra loro.

Il profilo del ‘sessualmente esplicito’ pecca in determinatezza – ossia quella categoria del diritto penale che fa da cerniera tra la norma e il mondo empirico – perché è impossibile univocamente «riferire il precetto a fatti verificabili»⁵. Questo in ragione del fatto che l’aggettivo «esplicito» associato alla sessualità inerisce ad una sfera personale di ogni individuo e, per questo motivo, difficilmente si potrà definire univocamente.

Anche se, per la verità, è ragionevole sostenere che il legislatore avesse voluto inserire l’aggettivo «esplicito» proprio per ridurre il campo della punibilità del soggetto attivo. Tuttavia, va rilevato che l’intento proprio della *mens legislatoris* non ha fatto che creare altri dubbi e altre criticità.

Il ragionamento appena svolto porta con sé delle perplessità anche su un diverso profilo legato alla norma penale: infatti, questa norma, in ragione anche della sua indeterminatezza, pecca di tassatività. Questo perché, considerata la poca chiarezza adottata nella locuzione da parte del legislatore, la fattispecie penale sarà applicabile a casi diversi tra loro che la norma di fatto non tipicizza.

In ultima battuta, è da tenere presente una possibile asimmetria logica nelle condotte tipizzate dalla norma. Infatti, le condotte di invio, consegna, cessione, pubblicazione e diffusione hanno contenuto profondamente diverso tra loro: una condotta di pubblicazione che intrinsecamente si riferisce al raggiungimento di una pluralità indefinita di individui differisce non poco da un semplice invio che potrebbe essere diretto ad una singola persona.

Quindi non si capisce per quale motivo il legislatore abbia preferito individuare tipi di condotte che differiscano in modo così marcato tra loro perché, per quanto riguarda la *littera legis*, le condotte di ‘pubblicare’ e quella di ‘diffondere’ sono contenute logicamente dentro le condotte di ‘inviare’, ‘consegnare’ e ‘cedere’. A meno che, implicitamente, il legislatore avesse l’intenzione di sanzionare penalmente la condotta, pacificamente più grave ed offensiva, di chi non semplicemente ‘invii’ o ‘consegna’ il contenuto multimediale ad una persona singola ma metta a disposizione di una pluralità più o meno definita quel contenuto, destinato a rimanere privato, delle foto o video a contenuto sessualmente esplicito.

⁵ D. Pulitanò, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, 143.

5.- Il “revenge porn” come forma avanzata di “cyberbullismo”

Tra l’altro, le condotte di “revenge porn” o “sexting” potrebbero essere considerate – senza neanche il rischio di cadere in un’interpretazione analogica (al più estensiva) – come forme avanzate di “cyberbullismo”⁶ perché la legge n. 71 del 2017 sul “cyberbullismo” parla di «[...] qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d’identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo». Ed è chiaro che quando la disposizione fa riferimento a «denigrazione, diffamazione, trattamento illecito di dati personali realizzati per via telematica, messa in ridicolo» è legittimo ritenere che le condotte di “revenge porn” e “sexting” possano agevolmente rientrare nel contenuto semantico della legge sul “cyberbullismo”, come condotte più esasperate.

6.- Il problema delle misure cautelari

In ultima battuta, un ragionamento meritevole di attenzione attiene alle misure cautelari relativamente al reato 612-ter c.p.

Se è vero che, ai sensi dell’art. 273 c.p.p., le misure cautelari possono essere comminate solo in presenza di gravi indizi di colpevolezza, è vero anche che il giudice competente non ha la facoltà di avvalersi di misure restrittive della libertà personale mediante un mero giudizio di legittimità, deve anzi porre in essere un giudizio «[...] di merito (sia pure prognostico e allo stato degli atti) sulla colpevolezza dell’imputato»⁷. Come è stato giustamente osservato⁸, tale giudizio prognostico deve essere orientato ad una sentenza di condanna del soggetto sottoposto a misura cautelare e ciò è desumibile, *a contrario*, dall’art. 273 co. 2 che dispone la impossibilità di applicare la misura cautelare nel caso in cui vi sia la possibilità che durante il giudizio venga irrogata una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena.

Ora – a prescindere dalle esigenze cautelari di cui all’art. 274 c.p.p. che logicamente sono ad uno stadio successivo rispetto alle condizioni generali di

⁶ M. Cartisano, *Revenge porn, un reato in forte ascesa: la legge, i dati*, in www.agendadigitale.eu, 25.11.2020.

⁷ Corte Cost., 15/09/1995, n. 432 o, più recentemente, Corte Cost., 21.06.2012, n. 153.

⁸ O. Dominioni-P. M. Corso [et al.], *Procedura penale*, VI ed., Torino, 2018, 369.

applicabilità delle stesse di cui all'art. 273 c.p.p. – appare non facile il ruolo della magistratura nel decidere l'applicazione o meno di una misura cautelare.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi al profilo del consenso di cui al reato *ex art. 612-ter: quid iuris* nel caso in cui il presunto soggetto attivo per primo invii ad un amico o amica una foto di lui e la sua ragazza in biancheria intima, ritenendo di averlo fatto con il consenso di lei? In questo caso, il giudice che procede di quali strumenti può disporre per fondare la sua decisione ad emettere la misura cautelare? Anche perché, è bene ricordarlo, la condotta di cui al primo comma è anche a dolo generico quindi, non rilevando in nessun modo il fine cui la condotta tende, la punibilità viene estesa.

7.- Conclusioni

In conclusione, è evidente che se, da una parte, il legislatore si è mosso nella giusta direzione per dare tutela a casi odiosi e profondamente lesivi della personalità e, talvolta, anche della persona; dall'altra, le maglie della norma sono labili e possono dare adito alle distorsioni sopra citate.

In primo luogo la differenza sostanziale che delinea il reato di cui al comma primo dell'art. 612-ter, a dolo generico, e il reato di cui al comma secondo (questo sì il vero reato di “revenge porn”), a dolo specifico; secondariamente il contenuto minimo imperscrutabile della condotta che sia idoneo ad innescare la sanzione penale *ex art. 612-ter*; in terzo luogo la possibilità di un maggiore raccordo con i reati di “cyberbullismo” di cui alla legge n. 71 del 2017; e, infine, la problematica relativa alla disposizione delle misure cautelari per il reato di cui al 612-ter, soprattutto relativamente al profilo del consenso, elemento oggettivo dell'illecito penale.

Abstract.- Il contributo analizza il nuovo reato c.d. di “revenge porn”, introdotto dal “Codice Rosso” (Legge n. 69/2019), evidenziando le numerose criticità relative alla formulazione del fatto tipico e al dolo.

Abstract.- The paper analyses the nature of the new crime of “revenge porn”, introduced by the “Codice Rosso” (Law n. 69/2019), focusing especially on what constitutes the crime and the *mens rea* of the offence.