

Gian Marco Caletti

**LIBERTÀ E RISERVATEZZA
SESSUALE ALL'EPOCA DI
INTERNET. L'ART. 612-TER C.P. E
L'INCRIMINAZIONE DELLA
PORNOGRAFIA NON
CONSENSUALE**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

GIAN MARCO CALETTI

Assegnista di ricerca in Diritto penale - Libera Università di Bolzano

**LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE
ALL'EPOCA DI *INTERNET*. L'ART. 612-*TER*
C.P. E L'INCRIMINAZIONE DELLA
PORNOGRAFIA NON CONSENSUALE (*)**

2045

Abstract

Con la fulminea introduzione dell'art. 612-*ter* nel codice penale anche il legislatore italiano ha inteso criminalizzare in via diretta e specifica il c.d. “*revenge porn*”, la pratica di pubblicare immagini sessualmente esplicite senza il consenso delle persone raffigurate. La formulazione del nuovo reato solleva molteplici perplessità, specie sul piano della sua efficacia applicativa, che sembrano in gran parte da addebitare ad un *iter* legislativo affrettato, nel quale sono difettati un inquadramento generale del fenomeno e l'approfondimento delle sottostanti esigenze di criminalizzazione. Il contributo, muovendo da questi aspetti, e sottolineando anche l'importanza di abbandonare l'utilizzo del neologismo inglese per adottare la denominazione “pornografia non consensuale”, procede all'esame dell'art. 612-*ter* c.p. in costante dialogo con le soluzioni adottate dai legislatori stranieri e con le fattispecie incentrate sulla divulgazione di immagini già presenti nell'ordinamento italiano.

Il commento del nuovo delitto si sofferma altresì sull'elemento della non consensualità della diffusione delle immagini, ed in particolare sui suoi riflessi sull'imputazione soggettiva, proponendone un'interpretazione innovativa, ispi-

(*) La stesura del lavoro ha potuto beneficiare di un soggiorno di ricerca presso la New York University (NYU), finanziato dalla Provincia Autonoma di Bolzano nell'ambito di un programma di sostegno alla mobilità breve dei ricercatori.

rata alle teorie dell'“*affirmative consent*” recepite da numerosi Stati americani in relazione ai delitti sessuali.

Sexual Freedom and Privacy in the Age of Internet. Article 612-ter of the Italian Criminal Code and Criminalisation of Non-consensual Pornography

Abstract

With the lightning-fast introduction of Article 612-ter in the Italian Criminal Code, the Italian lawmaker too wanted to directly and specifically criminalize the so-called “revenge porn”, i.e. the practice of posting sexual images without the consent of the people featured therein. The wording of the provisions governing the new crime raises many doubts, especially in terms of its practical effectiveness. These concerns are likely to mostly originate from a rushed legislative process, which lacked a general framing of the “revenge porn” phenomenon and an in-depth analysis of the underlying needs to criminalize. This essay – starting from these aspects and also underlining the importance of replacing the English neologism of “revenge porn” with the more appropriate wording of “non-consensual pornography” – examines Article 612-ter of the Italian Criminal Code in comparison with the solutions implemented by other foreign legislators, as well as with other offences focusing on the dissemination of images, which already existed in the Italian legal system. This paper also discusses the element of lack of consent in the dissemination of images and it specifically focuses on its effects in terms of mens rea. The Author provides an innovative interpretation based on the “affirmative consent” theories applied to sex crimes in several US States.

2046

SOMMARIO: 1. Dall'oscenità alla vendetta: il nuovo sguardo del diritto penale sulla pornografia. La repressione del “*revenge porn*” a livello internazionale. — 2. “*Revenge porn*” o “pornografia non consensuale”? Inquadramento criminologico del fenomeno ed implicazioni politico-criminali delle terminologie utilizzabili. Il “*revenge porn*” nella cornice degli *Internet hate crimes*. — 3. L'esigenza di una criminalizzazione specifica. Offensività ed *extrema ratio* nell'epoca della “viralità”. — 4. L'introduzione in via “emergenziale” dell'art. 612-ter c.p. — 5. (*segue*): Disarmonie ed equivoci di un iter legislativo affrettato. — 6. L'incriminazione italiana del “*revenge porn*”. La struttura della fattispecie su due commi (“primi” e “secondi” distributori). Cenni al problema della collocazione sistematica. — 7. Tipizzando la pornografia non consensuale. Le condotte punibili. — 8. (*segue*): L'oggetto materiale della condotta: «immagini e video a contenuto sessualmente esplicito e destinati a rimanere privati». L'identificabilità della persona offesa come requisito tacito della fattispecie? — 9. La non consensualità quale presupposto della condotta. Questioni di imputazione soggettiva e margini di applicabilità del paradigma dell'“*affirmative consent*”. — 10. I “secondi distributori”:

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

modelli di responsabilità e soluzioni in prospettiva comparata. — 11. (*segue*): L'“eterogenesi dei fini” del secondo comma e l'involontaria trasfigurazione della fattispecie base in un reato a dolo specifico. — 12. Il trattamento sanzionatorio e il sistema delle circostanze. I segni più evidenti del populismo penale sull'art. 612-ter c.p. — 13. Riflessioni conclusive: il paradosso e le lacune della legge tra *Internet Service Providers*, minori, sostegno alle vittime, *law enforcement* ed educazione digitale. L'art. 612-ter c.p. come (mero) punto di partenza?

1. *Dall'oscenità alla vendetta: il nuovo sguardo del diritto penale sulla pornografia. La repressione del “revenge porn” a livello internazionale.* — Da diverso tempo a questa parte, l'unica forma di pornografia che ha assunto rilievo nella dimensione penalistica è quella minorile¹. Le trasformazioni “*liberal*” avvenute tra la fine degli anni '60 ed il decennio successivo hanno definitivamente sdoganato la pornografia quale espressione di libertà sessuale, spogliandola della valenza trasgressiva e clandestina che ne aveva caratterizzato gli albori². La “normalizzazione” all'interno della società ha proceduto di pari passo con la graduale legittimazione sul piano giuridico: in particolare, la problematica individuazione di un bene meritevole di tutela leso dalla circolazione di materiali pornografici — aspetto, peraltro, ancora oggi fortemente contestato — ha costituito l'appiglio decisivo per l'arretramento penalistico³.

2047

¹ Come noto, i reati di pornografia minorile di cui agli artt. 600-ter e 600-quater c.p. sono stati introdotti nel codice penale dall'art. 3 della legge n. 269/1998. Ad essa ha fatto seguito la legge n. 38/2006 che ha aggiunto l'art. 600-quater¹, relativo alla pornografia virtuale. In argomento, *ex multis*, A. CADOPPI, *Commento Art. 600-ter I e II comma c.p.*, in ID (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 121 ss.; ID, *Commento Art. 600-quater, ibidem*, 227 ss.; M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007; L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 1267 ss. Di recente, con particolare attenzione alle nuove forme di pornografia minorile, svincolate dal modello classico della pedofilia ed incentrate sull'autonomia e le libere scelte del minore, M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Torino, 2019.

² Per un approfondimento di questo processo, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. F. ATTWOOD, *Mainstreaming Sex: The Sexualization of Western Culture*, Londra-New York, 2009. In Italia, P. ADAMO, *Il porno di massa*, Milano, 2004.

³ Tradizionalmente la pornografia, nelle sue varie forme, era ricondotta alla fattispecie che incriminava pubblicazioni e spettacoli *osceni*, contenuta all'art. 528 c.p. e colpita dalla depenalizzazione operata dal d.lgs. n. 8/2016. Ben prima di tale intervento, tuttavia, l'applicazione della norma era stata ampiamente ridimensionata da alcune pronunce della Corte Costituzionale. In particolare, la sentenza n. 368 del 27 luglio 1992, pur dichiarando non fondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 528 c.p., aveva osservato che: «la capacità offensiva dell'osceno verso gli altri, considerata in relazione alle modalità di espressione e alle circostanze in cui l'osceno è manifestato [...], non può certo riscontrarsi nelle ipotesi in cui l'accesso alle immagini o alle rappresentazioni pornografiche non sia indiscri-

Nell'ultimo lustro, questa tendenza ha fatto registrare una netta inversione nella gran parte degli ordinamenti giuridici. Il diritto penale è tornato ad interessarsi di materiali pornografici raffiguranti soggetti adulti e consenzienti alla loro creazione, ma secondo una prospettiva del tutto nuova⁴. Ad apparire in primo piano, infatti, non sono più l'intrinseca immoralità o l'oscenità di determinati contenuti, e nemmeno il presunto danno "sociale" che parte della letteratura attribuisce al consumo diffuso di pornografia⁵: il fulcro delle nuove incriminazioni è

minatamente aperto al pubblico, ma sia riservato soltanto alle persone adulte che ne facciano richiesta»; risolvendo il difficile inquadramento penalistico della condotta degli edicolanti che, nel "retrobottega", facevano commercio di videocassette e giornaletti pornografici (su posizioni simili già le Sezioni Unite l'anno precedente, v. Cass. Sez. Un., 1.10.1991). Del resto, era da tempo che la dottrina lamentava l'inafferrabilità del bene giuridico sotteso a tale fattispecie (e a quelle topograficamente "contigue" nel codice), da individuare in una astratta tutela della moralità pubblica e del buon costume. Sul tema, G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984; A. CADOPPI, (voce) *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro) (diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 187 ss. Perplessità dello stesso tenore sono state sollevate anche con riguardo alle fattispecie di commercio, distribuzione, divulgazione diffusione, pubblicizzazione, offerta e cessione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter (v., ad esempio, V. ZENO ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Politica del diritto*, 1998, 642 ss.), nonché, in misura ancora maggiore, relativamente alla mera detenzione del materiale pedopornografico e alla pedopornografia virtuale. Se in relazione alle condotte elencate dall'art. 600-ter è possibile rinvenire un oggetto di tutela "afferrabile" (v. A. CADOPPI, *Pre-art. 600-bis*, in ID (a cura di), *Commentario*, cit., 63; M. MANTOVANI, *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia minorile*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 156), ciò appare decisamente più difficile con riguardo agli artt. 600-quater e 600-quinquies. In proposito, G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in questa *Rivista*, 2006, 863 ss.

Il dibattito su questi temi risulta ancora piuttosto fervente in Inghilterra, dove, seppur quasi in disuso dal famoso caso del romanzo di D.H. Lawrence *Lady Chatterley's Lover*, è ancora vigente un'offence basata sulla circolazione di materiali osceni e, nel 2008, è stato introdotto un reato che punisce la detenzione di pornografia estrema. Su tutti questi aspetti, anche in senso critico rispetto alla nuova fattispecie, A.A. GILLESPIE, *Cybercrime. Key Issues and Debates*, Abingdon-New York, 2016, 207 ss.

⁴ Un nuovo sguardo sulla pornografia non è un'esclusiva penalistica. Recentemente, essa è tornata a costituire un argomento di interesse per diverse discipline. La semplicità dell'accesso ai materiali pornografici ha portato a rispolverare antiche questioni, favorendo il proliferare di studi che ne affrontano gli aspetti legali, psicologici, sessuologici, cinematografici, sociologici, storici, criminologici, filosofici, politici. Per una recente indagine interdisciplinare, L. COMELLA, S. TARRANT (a cura di), *New Views on Pornography: Sexuality, Politics, and the Law*, Santa Barbara, 2015.

⁵ Rispetto alla mancata lesività della pornografia vanno registrate diverse prese di posizione di segno contrario provenienti dal femminismo americano e, in particolare, dalle c.d. "second wave feminists". Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon sono senz'altro le Autrici più conosciute di questa corrente. Secondo il loro pensiero, in aperto contrasto con la prima "ondata" femminista, la pornografia non sarebbe soltanto moralmente sbagliata, ma anche

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

spostato sull'assenza del consenso alla divulgazione delle immagini pornografiche da parte di chi vi è raffigurato.

Con la recente introduzione dell'art. 612-ter nel codice penale, il legislatore italiano ha inteso criminalizzare in via specifica il fenomeno conosciuto con il controverso neologismo “*revenge porn*” (lett. “porno-vendetta”) ⁶, nato nel mondo angloamericano per indicare, appunto, la divulgazione *non* consensuale, dettata da finalità vendicative, di immagini sessualmente esplicite raffiguranti l'*ex partner*.

Si tratta di una condotta dall'impatto devastante per chi la subisce: le immagini più intime della vittima vengono diffuse in modo capillare ed incontrollabile su *Internet*, per rimanere alla *mercé* di milioni di persone senza che vi sia un'effettiva possibilità di rimuoverle.

Tale pratica perversa ha trovato terreno fertile ed è germogliata in un contesto culturale che guarda ad *Internet* come ad un'oasi di libertà, un “*Far Web*” nel quale, in nome della libertà di espressione, nulla può essere vietato ⁷. Neppure ciò che — nella parallela realtà non virtuale — viene ritenuto un crimine.

Il “*game changer*” è stato senza dubbio l'avvento delle nuove tecnologie informatiche e, in particolare, degli *smartphones*. Essi hanno reso assai semplice la realizzazione di fotografie e video, permettendo a chiunque di produrre senza difficoltà immagini dal contenuto sessuale: una sorta di pornografia amatoriale “a portata di *click*” ⁸. Al contempo, la costante connessione di tali strumenti alla rete consente la rapida ed immediata condivisione dei materiali creati con una o più persone, di talché, come avvenuto per tanti altri ambiti della vita, anche la sessualità

2049

fortemente nociva per la società (v. A. DWORKIN, C. MACKINNON, *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Minnesota, 1988). In particolare, «*pornography, in the feminist view, is a form of forced sex, a practice of sexual politics, an institution of gender inequality. In this perspective, pornography is not a harmless fantasy or a corrupt and confused misrepresentation of an otherwise natural and healthy sexuality*»; cfr. C. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Cambridge Massachusetts, 1987, 197. In Italia, su posizioni non troppo distanti, A. VERZA, *Dominio pornografico*, Napoli, 2006.

⁶ Il termine “porno-vendetta” ha trovato espresso riconoscimento da parte dell'Accademia della Crusca; v. Comunicato Stampa del 4.5.19 su accademiadellacrusca.it.

⁷ Per l'uso di questa espressione, già piuttosto comune nei Paesi angloamericani, M. GRANDI, *Far Web. Odio, bufale, bullismo. Il lato oscuro dei social*, Milano, 2017.

⁸ Sul punto, lucidamente, M. HALL, J. HEARN, *Revenge Pornography*, Abigdon-New York, 2018, 2 ss. Per una più ampia riflessione sul successo della pornografia amatoriale, M. MENICOCCHI, *Pornografia di massa. Dalla rivoluzione sessuale alla Porn Culture*, Pavia, 2014, 97 ss. Sulla relazione “simbiotica” tra pornografia e tecnologie, invece, P. BARSS, *The erotic engine. How pornography has powered mass communication from Gutenberg to Google*, Toronto, 2010.

ha cominciato ad essere esplorata, specie dai più giovani, secondo nuove modalità. Questa crescente “smaterializzazione”⁹ è passata soprattutto attraverso il c.d. “sexting”, ovvero la prassi di scambiarsi (proprie) immagini erotiche¹⁰.

A prescindere da statistiche sempre più allarmanti, che ne indicano la crescita esponenziale¹¹, è sufficiente qualche sporadica incursione nella cronaca per rendersi conto del carattere endemico già assunto dal “revenge porn”: la circolazione non autorizzata di immagini intime o sessualmente esplicite è letteralmente “all’ordine del giorno”. Casi riguardanti personaggi noti si alternano a storie di adolescenti saliti, loro malgrado, alla ribalta della “viralità”. Ciclicamente, dai “bassifondi” del web emergono in superficie veri e propri archivi di materiali pornografici riguardanti donne completamente inconsapevoli¹², mentre giovani liceali vengono “bullizzati” sotto la minaccia di condivisione delle loro immagini più segrete¹³.

Questo nuovo e inevitabile sguardo sulla pornografia non è una prerogativa del nostro ordinamento. Tutt’altro: l’intervento legislativo italiano si colloca in una più ampia cornice di criminalizzazione a livello internazionale. Sorprendentemente, il primo Paese ad aver preso l’iniziativa sono state le Filippine nel 2009. Più di recente, sono state

2050

⁹ Al riguardo, C. CIPOLLA, E. CANESTRINI (a cura di), *La dissoluzione della sessualità umana nell’era digitale*, Milano, 2018.

¹⁰ La letteratura angloamericana sul “sexting”, sia a livello sociologico che giuridico, è ormai sconfinata. Un lavoro particolarmente accurato è quello di M. SALTER, T. CROFTS, M. LEE, *Beyond Criminalisation and Responsibilisation: Sexting, Gender and Young People*, in *Current Issues in Criminal Justice*, 2013, 86 ss. Nella dottrina italiana, sui profili di rilevanza penale del “sexting”, in particolare nella prospettiva della configurabilità del reato di detenzione di pedopornografia, oltre alla già citata monografia di M. BIANCHI, si vedano ID, *Il “Sexting minorile” non è più reato?*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 2016, 1, 138 ss.; D. ROSANI, *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d’età*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 2019, 2, 9 ss.; I. SALVADORI, *I minori da vittime ad autori di reati di pedopornografia? Sui controversi profili penali del sexting*, in *Ind. Pen.*, 2017, 789 ss.; A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in *Dir. pen. cont.*, 22.5.15.

¹¹ Per un aggiornato quadro statistico, sia consentito rinviare a G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, n. 3, 74 e 75. Peraltro, già in quella sede si segnalava la possibilità di utilizzare solo statistiche straniere, stante l’assenza di indagini italiane.

¹² Si veda lo studio delle sociologhe L. BAINOTTI, S. SEMENZIN, *The use of Telegram for the non-consensual dissemination of intimate images: consent, harassment and the construction of masculinities*, in *Social Media + Society*, 2020 (in corso di pubblicazione).

¹³ In questo caso si può parlare di “sex-torsion”. In argomento, D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, in *Yale Law Journal*, 2019, 1895 ss.; B. WITTES, C. POPLIN, Q. JURECIC, C. SPERA, *Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault*, in *Brookings*, 5.2016.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

introdotte nuove fattispecie incriminatrici “*ad hoc*” nelle giurisdizioni australiane del Victoria (2013), dell’Australia del Sud (2013) e del Nuovo Galles (2017), in Israele (2014), Canada (2014), Giappone (2014), in Inghilterra e Galles (2015), Spagna (2015), Nuova Zelanda (2015), Scozia (2016), Irlanda (2016), Germania (2017)¹⁴. Il quadro è complesso ed in costante evoluzione negli Stati Uniti, dove, tra il 2013 ed il 2017, ben trentasei Stati (e il *District of Columbia*) si sono dotati di una norma penale di contrasto al “*revenge porn*”, due stanno efficacemente applicando norme già esistenti da tempo (New Jersey e Alaska) e altri quattro hanno un disegno di legge pendente presso le rispettive assemblee legislative¹⁵.

¹⁴ Per tutti i riferimenti del caso, G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., 67 e 68. Quanto alle due esperienze di criminalizzazione dell’Europa continentale, va sin d’ora specificato come l’approccio sia stato leggermente diverso da quello adottato nei sistemi legali angloamericani. Le fattispecie sono costruite, infatti, in modo più ampio, a complessiva tutela dell’intimità e non solo per prevenire la pubblicazione di immagini sessualmente connotate (v. *infra*, § 8), anche se dai relativi dibattiti dottrinali emerge chiaramente come il legislatore mirasse anzitutto a reprimere la diffusione non consensuale di materiali a sfondo sessuale.

¹⁵ Si tratta di Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, and Wisconsin. Ad essi si è aggiunto, nel febbraio 2019, lo Stato di New York. Un “*bill*” pende invece presso i parlamenti di Kentucky, Massachusetts, Missouri e Rhode Island. Per completezza, si segnala che non risultano né nuove leggi né “*pending bill*” in Indiana, Mississippi, Nebraska, Ohio, South Carolina e Wyoming. In Montana la proposta di legge è naufragata in Parlamento. Una guida sempre aggiornata delle legislazioni anti “*Revenge porn*” americane è disponibile sul sito kellywarnerlaw.com/revenge-porn-laws-50-state-guide. Perfino il Codice militare statunitense — e ciò pare indicativo della portata del fenomeno — è stato emendato per favorire l’introduzione di uno specifico reato a seguito di uno scandalo pornografico in seno al corpo speciale dei *Marines*. Lo scandalo riguardava la divulgazione su *Facebook* di fotografie intime di *Marines* donne da parte di colleghi uomini. Sul caso e sulla modifica normativa, A.M. FRANKS, “*Revenge porn*” reform: a view from the front lines, in *Florida Law Review*, 2017, 1281.

Nonostante l’imponente criminalizzazione a livello statale, buona parte della dottrina americana auspica ancora l’introduzione di un crimine anche a livello federale ed una proposta in questo senso è già da tempo all’esame del Congresso. Si tratta dell’*Intimate Privacy Protection Act* (IPPA) 204, presentato al Congresso nel luglio 2016, sulla cui necessità, A.M. FRANKS, “*Revenge porn*” reform, cit., 1256; A. BURRIS, *Hell hath no fury like a woman porned: revenge porn and the need for a federal nonconsensual pornography statute*, in *Florida Law Review*, 2014, vol. 66, 2325 ss. La creazione di un crimine federale, tuttavia, subisce fortissime opposizioni su due piani, quello della libertà di parola e del primo emendamento, e quello della responsabilità dei *Provider*. Attualmente, infatti, tali soggetti godono negli Stati Uniti di una immunità a tutto tondo (l’unica eccezione è in tema di *copyright*) per i contenuti caricati dagli utenti. Tale scudo, tuttavia, cede il passo di fronte ai crimini federali, di talché la criminalizzazione del “*revenge porn*” anche a quel livello porterebbe ad una perseguibilità anche degli *ISP*. Sulla responsabilità del *Provider* per omessa rimozione di contenuti caricati

Se vi è stata grande uniformità nella scelta di criminalizzare in via diretta e specifica il “*revenge porn*”, altrettanto non può dirsi con riguardo alle soluzioni adottate in concreto. I menzionati interventi legislativi denotano, infatti, una molteplicità di approcci sul piano tecnico, senz’altro sintomatica della difficile tipizzazione di questo nuovo fenomeno e, prima ancora, di una profonda varietà casistica che, come si vedrà, il neologismo inglese stenta a racchiudere.

Potersi appoggiare ad una così vasta gamma di esperienze era dunque un’opportunità quasi irripetibile per il legislatore italiano. Purtroppo, l’*iter* di approvazione della nuova fattispecie è stato attraversato da una sorta di “*moral panic*”, tradottosi poi in alcuni evidenti difetti compilativi già in parte messi in luce in alcune brevi note in prima lettura¹⁶. Prima di procedere al commento della nuova disposizione e delle sue criticità, conviene pertanto osservare più da vicino il “*revenge porn*”, nel tentativo di mettere a fuoco il fenomeno che si intendeva regolamentare.

2052

2. “*Revenge porn*” o “*pornografia non consensuale*”? *Inquadramento criminologico del fenomeno ed implicazioni politico-criminali delle terminologie utilizzabili. Il “revenge porn” nella cornice degli Internet hate crimes.* — Dal fulmineo dibattito pubblico-politico che ha condotto all’incriminazione diretta e specifica del “*revenge porn*” è emersa, in effetti, una certa approssimazione terminologica. Gli stessi atti parlamentari dimostrano come il confronto in aula si sia polarizzato essenzialmente sul neologismo inglese¹⁷.

“*Revenge porn*”, tuttavia, indica una condotta ben precisa: quella dell’*ex partner* che, con intento vendicativo, condivide immagini intime o

dagli utenti, cfr., nella dottrina anglosassone, l’approfondita analisi di N. SUZOR, B. SEIGNIOR, J. SINGLETON, *Non-Consensual Porn and the Responsibilities of Online Intermediaries*, in *Melbourne University Law Review*, 2017, 1061 ss. Per un quadro aggiornato in argomento nella dottrina italiana, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, invece, A. MANNA, M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell’internet provider*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, Milano, 2019, 892 ss. Il processo di criminalizzazione federale è stato avviato anche in Australia. V. *Australian Senate ‘revenge porn’ inquiry*, LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Phenomenon Colloquially Referred to as ‘Revenge Porn’* (Commonwealth of Australia, 2016).

¹⁶ Cfr. G.M. CALETTI, “*Revenge Porn*”. *Prime considerazioni in vista dell’introduzione dell’art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?*, in *Dir. pen. cont.*, 29.5.19.

¹⁷ Nel già citato comunicato dell’Accademia della Crusca ci si riferisce al “*revenge porn*” in termini di « forestierismo opaco » e si mette in luce come, a differenza della stesura della legge, il dibattito parlamentare si sia ampiamente avvalso dell’espressione inglese.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

sessualmente esplicite, create consensualmente e raffiguranti colui o (molto più spesso) colei che ha posto fine alla relazione¹⁸. Gli “ingredienti” essenziali per la configurazione del “*revenge porn* in senso stretto”, dunque, sono: un contesto di coppia (il soggetto attivo è sempre l'*ex partner*); il consenso alla produzione del materiale intimo e alla fruizione limitata alla coppia; la diffusione non consentita delle immagini dopo la fine del legame sentimentale; la finalità di vendicarsi da parte di chi pubblica le immagini.

Similmente a quanto avvenuto nei Paesi anglosassoni, però, anche nel linguaggio mediatico italiano l'espressione “*revenge porn*” ha assunto un significato più ampio, divenendo una sorta di “*catch all phrase*” utilizzata per indicare tutte le diverse forme di diffusione non consensuale di immagini aventi un contenuto sessuale. Secondo questa accezione “in senso lato”, pertanto, andrebbe ricondotta al “*revenge porn*” un'ampia casistica di condotte divulgatorie che non maturano nell'ambito di una relazione sentimentale o che sono prive della finalità vendicativa, a partire dalle ipotesi più contigue alla definizione base, come quelle nelle quali è un amico della coppia a distribuire per scherzo o divertimento le immagini, fino ad ipotesi che quasi nulla hanno a che vedere con il fenomeno descritto. Si è impropriamente parlato di “*revenge porn*” ad esempio anche nel 2014, quando *hacker* mai individuati hanno manipolato gli account *iCloud* di numerose celebrità, perlopiù inglesi e americane, e la rete è stata invasa dalle loro immagini più intime¹⁹.

L'impiego “onnicomprensivo” del concetto di “pornografia vendicativa” è aspramente criticato dalla scienza penalistica angloamericana²⁰,

¹⁸ Il Dizionario di Cambridge lo definisce come « *private sexual images or films showing a particular person that are put on the internet by a former partner of that person, as an attempt to punish or harm them* ».

¹⁹ Lo scandalo è noto come “*Fapping*”. Occorre segnalare probabilmente che nemmeno il caso di Tiziana Cantone è da ricondurre alla definizione originaria di “*revenge porn*” (per le ragioni già illustrate in G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., 71). Nondimeno, la vicenda, forse per la sua capacità di riassumere icasticamente le gravissime conseguenze della divulgazione non consensuale di immagini a sfondo sessuale, è ancora oggi ritenuta il primo esempio di “porno-vendetta” all'italiana.

²⁰ Sul punto concorda la quasi totalità degli Autori che ha affrontato il tema. Secondo diversi accenti, D.K. CITRON, A.M. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, in *Wake Forest Law Review*, 2014, 346; C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, 535; N. HENRY, A. POWELL, *Sexual Violence in the Digital Age: The Scope and Limits of Criminal Law*, in *Social & Legal Studies*, 2016, 398.

che da tempo sottolinea come il malinteso terminologico sia foriero di insidie notevoli sotto diversi punti di vista.

In primo luogo, il termine “*revenge*” rimanda ad una forma di retribuzione rispetto ad un male ingiusto preventivamente subito, giustificando, in qualche misura, la condotta dell’agente ²¹.

In secondo luogo, il richiamo alla pornografia lascia trasparire un senso di scelta e legittimazione alla condivisione da parte della vittima che è, invece, insussistente. L’espressione finisce dunque per alimentare il c.d. “*victim blaming*”, vale a dirsi la tendenza a biasimare la vittima per la propria condotta, in questo caso consistita nell’essersi prestata ad immortalare i propri momenti di intimità. Ciò avviene in particolar modo in una prospettiva di genere: il neologismo veicola l’idea che la donna, creando materiali sessualmente espliciti, si sia esposta al rischio di vederli diffusi oltre le proprie aspettative ²².

Quelle che, a prima vista, possono apparire mere disquisizioni terminologiche presentano riflessi anche sul piano politico-criminale. Oltre che a livello culturale, i limiti dell’espressione “*revenge porn*” e l’ambiguità del suo utilizzo in una doppia accezione hanno portato ad incertezze di inquadramento normativo. Le giurisdizioni che hanno ritagliato la fattispecie incriminatrice sul “*revenge porn* in senso stretto”, infatti, hanno fallito nell’apprestare la giusta tutela alle vittime in relazione a casi dotati della medesima carica offensiva ²³.

Del resto, il termine “*revenge porn*” non riesce a fotografare nemmeno tutte le ipotesi di divulgazione non consensuale che maturano in un contesto di coppia. Studi criminologici dimostrano chiaramente che, spesso, anche colui che commette l’illecito nei confronti di una persona con cui ha intrattenuto una relazione non è mosso dalla sete di vendetta o dalla volontà di recarle danno. Le motivazioni che spingono ad agire possono essere anche molto più “banali” ²⁴. Dietro alla divulgazione può

²¹ Come messo in evidenza da un recente studio criminologico basato sull’analisi di migliaia di *post* tratti dal più noto sito pornografico specializzato in “*revenge porn*” (“*MyEx.com*”), gli autori dei caricamenti, nelle didascalie di presentazione delle immagini, tentano costantemente di “riposizionarsi” quali vittime di inaccettabili torti, allo scopo di “legittimare” la vendetta attuata con la meritata “*disclosure*” dei materiali. Cfr. M. HALL, J. HEARN, *op. cit.*, 74 ss.

²² Su tutti questi aspetti, D.K. CITRON, A.M. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 346; C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, cit., 535 ss.

²³ Si veda A.M. FRANKS, “*Revenge porn*” reform, cit. 1258.

²⁴ Dall’indagine di M. HALL, J. HEARN, *op. cit.*, emerge peraltro come solo nel 50% dei casi i video del portale “*MyEx.com*” erano stati caricati dall’*ex partner*.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

ad esempio celarsi il desiderio di conseguire un profitto — cedere autentici materiali di pornografia amatoriale è divenuta un'attività estremamente remunerativa —, così come non sono infrequenti i casi in cui la condotta viene realizzata per acquisire notorietà, per divertimento, per scherzo o perfino per noia.

La dottrina angloamericana ha proposto numerose terminologie alternative, tra le quali sembra preferibile “*non-consensual pornography*”²⁵. Essa ha il pregio di porre l'accento sulla vera cifra distintiva del fenomeno — l'assenza di consenso alla divulgazione da parte di chi è raffigurato nelle immagini — e di accantonare ogni riferimento alle intenzioni del soggetto agente²⁶.

Non convincono appieno, invece, espressioni più “connotate” proposte da studiosi inglesi ed australiane, come “*image-based sexual abuse*” o “*image-based sexual exploitation*”, che enfatizzano la componente di genere che, non di rado, si nasconde dietro la condotta di diffusione delle immagini²⁷. Si ritiene che anche tali denominazioni siano in qualche modo limitanti, in quanto inadatte a descrivere il fenomeno nella sua interezza. È indubitabile che, in alcuni casi, il “*revenge porn*” assuma caratteri tipici di un abuso sessuale, così come è indubitabile che gran parte degli effetti derivanti dalla condotta (“*victim blaming*”, “*slut shaming*”, ecc.) siano riconducibili ad una cultura sessista e dai tratti patriarcali. Tuttavia, sembra potersi affermare che il “*Kern*” essenziale, comune a tutte le ipotesi di pornografia non consensuale, consista in una lesione della intimità e della *privacy*, intesa quale diritto a controllare l'esposizione del proprio corpo e della propria sessualità, a prescindere dal contesto e dalle finalità con le quali avviene la divulgazione²⁸.

La pornografia non consensuale si colloca anche nella cornice dei c.d. “*hate crimes*” e denota una certa contiguità a livello criminologico con il

2055

²⁵ Proposta da D.K. CITRON, A.M. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit.

²⁶ Per altro verso, non appare problematica la presenza di un espresso richiamo alla pornografia, che perde ogni connotazione di rimprovero, dal momento che l'accostamento a parole che segnalano la non consensualità della pubblicazione mette in chiaro che la vittima non mirava a creare un contributo “pornografico”, diretto cioè all'eccitazione sessuale di un pubblico, bensì una semplice immagine intima da fruire privatamente, che solo la diffusione non acconsentita ha trasformato, appunto, in “pornografia”.

²⁷ Le due terminologie sono proposte rispettivamente da C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, cit., e N. HENRY, A. POWELL, *Sexual Violence in the Digital Age*, cit.

²⁸ Posizione che si è già espressa in G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., riprendendo la tesi di A.A. GILLESPIE, “*Trust me, it's only for me*”: “*revenge porn*” and the criminal law, in *Criminal Law Review*, 2015.

“*cyberstalking*”²⁹. L’esperienza americana è ricca di vicende di “*revenge porn*” le cui vittime sono state perseguitate per anni da parte di sconosciuti, i quali, oltre ad insulti e discorsi d’odio, hanno continuato periodicamente la ridiffusione delle immagini, frustrando ogni tentativo di rimozione dei contenuti divulgati non consensualmente. L’obiettivo, perseguito attraverso sofisticati strumenti come, ad esempio, “*shit storm*” e “*google bomb*”, è quello di annullare completamente la reputazione *online* della vittima, costringendola a ritirarsi dal *web* e, nella maggior parte dei casi, a cambiare nome e vita³⁰. Peraltro, con gli *hate crimes* la pornografia non consensuale condivide numerosi tratti propri del c.d. “*cybercrime*”, quali la possibile anonimità, la persistenza temporale dei materiali caricati, la loro accessibilità senza limiti spaziali e la perenne rintracciabilità, nonché l’aggregazione spontanea degli autori degli illeciti³¹.

3. *L’esigenza di una criminalizzazione specifica. Offensività ed estrema ratio nell’epoca della “viralità”*. — L’introduzione di fattispecie *ad hoc* per la repressione della pornografia non consensuale in gran parte degli ordinamenti (non solo) occidentali ha fatto leva su effettive esigenze di criminalizzazione³².

Sul piano dell’offensività, le condotte esaminate presentano conseguenze di estrema severità, tra le quali spiccano le sofferenze psicologiche patite da chi è ritratto nelle immagini divulgate. Esse sono state analiticamente riepilogate da parte del “*Sexual Assault Support Service*” australiano, interpellato dal Senato nell’ambito dell’*iter* legislativo federale. Mediando tra studi accademici e casi seguiti direttamente, emerge

²⁹ In proposito, D.K. CITRON, *Hate Crimes in Cyberspace*, Cambridge Massachusetts, 2014. Rispetto alla fattispecie di “*stalking*”, peraltro, il “*revenge porn*” poteva essere inteso quale una delle condotte necessarie ai fini della integrazione del delitto (in questo senso, cfr. Cass. pen., sez. VI, 16.7.2010, n. 32404).

³⁰ D.K. CITRON, *Hate Crimes in Cyberspace*, cit., *passim*. Si tratta, in breve, di attacchi coordinati da parte di più utenti (c.d. “*mob*”), al fine, da un lato, di mettere in cattiva luce la vittima diffamandola (“*shit storm*”), e, dall’altro, di dare risalto alle pagine *web* che ne contengono le informazioni diffamanti — o nel nostro caso, le immagini pornografiche — in modo da prioritarizzarle tra i risultati dei motori di ricerca (“*google bomb*”).

³¹ Sulle problematiche sollevate dal “*cybercrime*”, nella scienza penalistica internazionale, per tutti, J. CLOUGH, *Principles of Cybercrime*, Cambridge, 2010. Nella dottrina nostrana, per un quadro ampio ed aggiornato, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, cit., 35 ss.

³² Per una più approfondita ricognizione, nonché per un’analisi delle obiezioni all’incriminazione, G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e *tutela penale*, cit., 78 ss.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

che le più comuni reazioni delle vittime consistono in: sensazioni di vergogna, umiliazione, violazione personale ed impotenza; apprensione circa la propria sicurezza personale; percezione di essere costantemente sotto sorveglianza; paura di essere filmati durante le attività sessuali; *online* “*hypervigilance*” (ovvero il controllo compulsivo dei siti *hard* per sapere se sono state caricate altre immagini); problemi relazionali di coppia, in famiglia, nella società e sul lavoro; ritiro sociale; vergogna del proprio corpo; sintomi da trauma quali ansia, insonnia ed incubi; maturazione di intenti suicidari e relativi tentativi³³. Il quadro descritto nel *report* australiano risulta ancora più grave quando la condotta è perpetrata nei confronti di un minore, che per il trauma rischia un blocco nel proprio percorso di crescita e formazione della personalità³⁴.

La pornografia non consensuale presenta anche un forte impatto sulla vita relazionale delle vittime, sotto numerosi aspetti. Alla pubblicazione molte volte si accompagna il c.d. “*doxxing*”, ovvero la tendenza a pubblicare non solo le immagini intime, ma congiuntamente anche informazioni personali della persona raffigurata (nome, indirizzo, numero di telefono, contatto *e-mail*, riferimenti sui *social network*)³⁵. In questo modo la donna diviene, dopo la pubblicazione, bersaglio anche di *stalking*, fisico e virtuale, attacchi sessuali, molestie, telefonate e, come visto, ogni genere di *hate crimes*. Altre conseguenze frequenti sono l'abbandono dell'impiego (o della scuola) ed il ritiro dagli spazi pubblici (*online* e *offline*), con la relativa perdita di opportunità non soltanto professionali.

Ragionando in termini di sussidiarietà dello strumento penale, invece, l'aspetto che sembra caratterizzare la pornografia non consensuale è l'attuale incapacità di interrompere e contrastare la disseminazione delle immagini. Essa può avvenire attraverso un numero talmente ampio

2057

³³ V. LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Phenomenon Colloquially Referred to as 'Revenge Porn' (Commonwealth of Australia, 2016)*, 20. Relativamente al suicidio e alla sua possibile imputazione a colui che ha realizzato la condotta, M. MATTIA, “*Revenge Porn*” e *suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *Leg. Pen.*, 19.7.2019.

³⁴ Il tema è naturalmente molto delicato. Cfr, per tutti, l'indagine di J. RINGROSE, R. GILL, S. LIVINGSTONE, L. HARVEY, *A Qualitative Study of Children, Young People and 'Sexting'*, 2012, in www.nspcc.org.uk.

³⁵ In proposito, C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-based Sexual Abuse*, cit., 545. Il termine “*doxxing*” è utilizzato per indicare la pratica di diffondere pubblicamente online informazioni personali o altri dati sensibili. Spesso ciò avviene in contesti di “*online shaming*” come quello in esame. Il termine nasce come contrazione dell'inglese “*documents*”.

di canali — applicazioni di messaggistica, *social network*, portali *hard, peer to peer, mailing list* — che è impossibile contenerne la c.d. “virilità”³⁶. Attesa l’irreversibilità degli effetti della condotta, sembra dunque necessario riconoscere al diritto penale, e in particolare alla sua penetrante capacità deterrente, un ruolo decisivo nel provare a prevenire la prima pubblicazione delle immagini³⁷.

L’incriminazione in via specifica delle condotte di pornografia non consensuale attraverso l’introduzione di un’apposita fattispecie appariva opportuna alla luce del quadro di tutela altamente frammentario offerto dalla legislazione italiana relativamente alle ipotesi di “*revenge porn*” in senso lato. Alcune fattispecie già esistenti — artt. 595, 612-*bis*, 615-*bis*, 617-*septies* c.p., art. 167 Dlgs. n. 196/2003 — venivano applicate nella prassi per reprimere le condotte in oggetto, ma la risposta dell’ordinamento al fenomeno non poteva di certo dirsi adeguata³⁸.

La lacuna più vistosa interessava proprio i casi riguardanti minori degli anni diciotto. Recentemente, infatti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva fatto registrare diverse oscillazioni in merito alla configurabilità del delitto di “distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione di materiale pedopornografico” *ex* art. 600-*ter* c.p. nel caso di diffusione non consensuale di immagini autoprodotte dal minore (“*sexting*”), lasciando dunque una percentuale rilevantissima della casistica sprovvista di tutela nel quadro degli illeciti di pedopornografia³⁹.

2058

³⁶ In particolare su questi aspetti e sull’impossibilità di garantirsi l’oblio, perché « *Internet never forgets* », P.J. LARKIN, *Revenge Porn, State Law and Free Speech*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2014-2015, 62 ss.

³⁷ C’è anche chi sottolinea come la capacità di deterrenza sarebbe ancora maggiore in forza della condotta nella quale si espleta, nella maggior parte dei casi, il “*revenge porn*”, ovvero un gesto impulsivo di caricamento delle immagini su *Internet*. Cfr. A.M. FRANKS, “*Revenge Porn*” *reform*, cit., 1302 ss.

³⁸ Parlava di “vuoto normativo” A. VERZA, *Aggredire attraverso l’immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, in *Ragion pratica*, 2017, n. 2, 467 ss. Anche su questi aspetti sia consentito rinviare, anche per ragioni di economia, e fermo restando che molti di essi saranno meglio approfonditi nel commento delle novità legislative, al proprio G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e *tutela penale*, cit., 82 ss.

³⁹ Più nello specifico, le incertezze interpretative relative al “*sexting*” sembrano dettate dalla preoccupazione di tutelare l’autonomia del minore non incriminandolo per la conservazione sul proprio telefono delle immagini inviategli consensualmente dalla fidanzata minore. Di qui la valorizzazione del concetto di “utilizzo” del minore per escludere la qualificazione di materiale pedopornografico delle immagini auto-scattate. Per un’approfondita disamina della giurisprudenza in argomento, M. BIANCHI, *I confini della repressione*, cit., 90 ss. Per un quadro aggiornato alle ultime pronunce, anche in “dialogo” con l’art. 612-*ter* c.p., D. ROSANI, *Il trattamento penalistico del sexting*, cit., 20 ss.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

4. *L'introduzione in via "emergenziale" dell'art. 612-ter c.p.* — Nel corso della precedente Legislatura il problema del “*revenge porn*” non è stato affrontato dal Parlamento. Una proposta di legge era stata presentata alla Camera nel settembre 2016, immediatamente dopo il suicidio di Tiziana Cantone, ma non è mai giunta all'esame della Commissione ⁴⁰.

Neppure l'avvio dell'attuale Legislatura lasciava presagire che una disciplina del “*revenge porn*” fosse imminente, di talché alcune associazioni attive nell'ambito dei diritti digitali hanno presentato, nell'autunno dello scorso anno, una petizione *online* per esortare il Parlamento ad approvare una specifica legge di contrasto al fenomeno ⁴¹. In pochi giorni, l'iniziativa ha raccolto oltre 100.000 firme e l'invito a disciplinare la materia è stato accolto dall'On. Laura Boldrini (LEU), che ha annunciato come prossima la presentazione di un disegno di legge alla Camera ⁴². Nel corso delle settimane successive, sono stati presentati in Senato tre disegni di legge da parte di altre forze politiche (M5S, FI e PD) ⁴³. Proprio nel momento in cui la Commissione Giustizia del Senato era sul punto di avviare i lavori su tali proposte legislative, l'introduzione nel codice penale dell'art. 612-ter è stata votata dalla Camera dei Deputati nell'ambito della discussione del c.d. “Codice Rosso”, un ampio progetto legislativo di fonte governativa in materia di violenza di genere ⁴⁴.

La nuova incriminazione non era contemplata nella versione del disegno di legge inizialmente presentata dal governo “gialloverde”. L'art. 10, rubricato « introduzione dell'art. 612-ter », è stato infatti incorporato nel provvedimento all'esito di due proposte emendative presentate dalle principali forze di opposizione durante i lavori alla Camera. Dopo una

2059

⁴⁰ Il progetto di legge, presentato dall'On Sandra Savino (FI) e registrato come Atto della Camera n. 4055 contemplava, proprio come avvenuto circa tre anni dopo, l'introduzione di un nuovo reato all'art. 612-ter c.p., rubricato “Diffusione di immagini e video sessualmente espliciti”.

⁴¹ La petizione “#Intimità violata” è stata lanciata dalle associazioni “Insieme in rete”, “Bossy”, “I Sentinelli” sulla piattaforma *change.org* e risulta aver raccolto più di 126.000 sostenitori.

⁴² V. *Revenge porn, arriva una proposta di legge anche in Italia*, in *Wired.it*, 28.1.19.

⁴³ Si tratta, rispettivamente, dei Ddl. n. 1076, 1134, 1166.

⁴⁴ “Codice Rosso” è il nome politico-giornalistico del Ddl. n. S. 1200 (“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”), poi divenuto L. 19 luglio 2019, n. 69. Per una sintesi dei contenuti, G.L. GATTA, *Il testo del disegno di legge “Codice Rosso” (Revenge porn, costrizione o induzione al matrimonio, deformazione/sfregio del viso, e molto altro ancora)*, in *Dir. pen. cont.*, 15.5.19.

prima “bocciatura”, il 28 marzo, dell’emendamento n. 1.17 (LEU), duramente contestata dalle deputate dell’opposizione con l’occupazione dei banchi del Governo, l’emendamento n. 1.107 (FI e PD) è stato invece approvato dall’Assemblea — con sostanziali modifiche — il 2 aprile, senza nemmeno un voto di segno contrario.

Curiosamente, dopo l’approvazione dell’emendamento alla Camera, la Commissione Giustizia del Senato ha disposto un ciclo di audizioni sui disegni di legge presentati prima che il reato di “diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” confluisse all’interno del “Codice Rosso”⁴⁵. Tuttavia, il 17 luglio successivo il Senato ha approvato definitivamente senza modifiche l’intero provvedimento (l. n. 69/2019), compreso l’art. 612-ter c.p. (“Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”), così formulato: « *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.*

2060

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.

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

⁴⁵ Cfr. G.M. CALETTI, K. SUMMERER, *Osservazioni in merito ai disegni di legge n. 1076, n. 1134, n. 1166 in tema di c.d. “Revenge Porn”*, in www.senato.it.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

5. *Disarmonie ed equivoci di un iter legislativo affrettato.* — Si è indugiato sui dettagli del processo legislativo perché proprio tra le pieghe dell'*iter* parlamentare è possibile scorgere le ragioni di alcune scelte di politica criminale non del tutto razionali.

Il primo equivoco sul quale si basa l'intervento normativo "anti-revenge porn" è che l'incriminazione esaurisse il ventaglio delle risposte legislative e fosse, da sola, sufficiente a contrastare il fenomeno. La povertà di un approccio fondato solo sul diritto penale è stata evidenziata da numerose esperienze straniere, ma stupisce solo fino ad un certo punto. Costituisce infatti una delle costanti dell'attuale stagione politico-criminale, da più parti definita "populista"⁴⁶, quella di ritenere l'introduzione di un reato o l'innalzamento di una pena già esistente come la *panacea* di problemi articolati e complessi⁴⁷.

In effetti, i disegni di legge presentati al Senato non si limitavano alla mera introduzione del reato, ma, seppur in modo ancora non del tutto convincente⁴⁸, allargavano l'angolazione dalla quale affrontare il problema, interrogandosi anche su altri profili, come la collaborazione degli *Internet Service Provider* alla rimozione delle immagini o la creazione di programmi di sostegno per le persone offese.

Sulla mancata riflessione su queste tematiche e, più in generale, sull'inattesa accelerazione nella criminalizzazione del "revenge porn", ha influito — inutile nasconderselo — la vicenda di Giulia Sarti, giovane deputata del Movimento 5 Stelle. Mentre veniva travolta da uno scandalo politico, hanno iniziato a circolare in rete fotografie e video nei quali è ritratta nuda o intenta in rapporti sessuali⁴⁹. In poche ore, le immagini

2061

⁴⁶ Cfr. tra i contributi più recenti, D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 s.; G. INSOLERA, *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17.6.16; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019; E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *Discrimen*, 3.6.19, 1 ss. Nella scienza penalistica americana, si segnala la recente monografia di R.E. BARKOW, *Prisoners of Politics. Breaking the Cycle of Mass Incarceration*, Cambridge, Massachusetts, 2019, che approfondisce il collegamento tra le politiche populiste e il problema della sovraccarcerazione.

⁴⁷ In questo senso, con grande lucidità e chiarezza, F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 8.

⁴⁸ V. G.M. CALETTI, K. SUMMERER, *Osservazioni in merito ai disegni di legge*, cit., 2.

⁴⁹ La provenienza dei materiali pornografici diffusi, come spesso accade, non è per nulla chiara. Stando alla versione più accreditata, si trattava di immagini già divulgate in passato e tornate a perseguirla nel momento in cui aveva acquisito notorietà. Non manca però chi ha ipotizzato una diffusione delle immagini da parte del suo stesso movimento politico al fine di screditarla ulteriormente a seguito della vicenda relativa ai rimborsi non restituiti. V. *Foto hard*

sono diventate “virali” e, all’improvviso, la pornografia non consensuale è stata percepita come un’emergenza — o meglio, un “codice rosso” — anche dall’opinione pubblica e, di riflesso, da tutti i movimenti politici alla ricerca di consensi in vista delle imminenti consultazioni europee. Ne sono seguiti l’approvazione in tempi rapidissimi dell’art. 612-ter c.p. nell’ambito del “Codice Rosso” e l’abbandono (solo momentaneo?) dei tentativi di compilazione di una legge più organica.

Tale urgenza sembrerebbe essere stata alimentata anche da un ulteriore equivoco, ovvero che il “*revenge porn*” fosse, prima dell’incriminazione specifica, una condotta penalmente irrilevante⁵⁰. In realtà, come già accennato, ancorché non del tutto appropriate, alcune fattispecie incriminatrici erano state utilizzate dalla giurisprudenza per apprestare una tutela penalistica per le vittime delle condotte in esame. Nondimeno, l’erroneo messaggio veicolato all’opinione pubblica da politici e *media* ha contribuito alla creazione del menzionato clima “emergenziale”.

2062

Oltre all’approccio monodirezionale del legislatore, e a prescindere da un trattamento sanzionatorio sproporzionato, anch’esso ineluttabile segno del populismo penale⁵¹, profonde criticità emergono paradossalmente persino sul piano della stessa efficacia della nuova incriminazione, che corre il pericolo, per via di una inopinata (e involontaria?) estensione del dolo specifico alla maggior parte della casistica (v. infra, § 11), di risultare assai poco effettiva “*in action*”.

Una qualche consapevolezza di questi aspetti sembra essere emersa nel corso dell’*iter* legislativo: non si spiega altrimenti la citata “istruttoria” supplementare effettuata in Commissione con riguardo a disegni di legge formalmente svincolati da quello poi approvato. La convergenza dell’art. 612-ter c.p. nel “Codice Rosso”, tuttavia, ha spento sul nascere ogni velleità di modifica del testo dell’emendamento da parte del Senato, che avrebbe significato, secondo le simmetrie del bicameralismo perfetto, un ritorno di tutto il provvedimento alla Camera⁵².

rubate a Giulia Sarti, *spunta la pista della vendetta grillina*, in *Il Resto del Carlino Rimini*, versione online.

⁵⁰ Sembrano emblematici i titoli di quotidiani e siti di informazione. Tra i tanti, *Violenza sulle donne, approvato “Codice Rosso”: il revenge porn diventa reato*, in *RollingStone.it*, 18.7.19.

⁵¹ Incisivamente sul tema D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019, 4 ss.

⁵² Un rischio che si voleva scongiurare per diverse ragioni: *in primis* la volontà di condurre “in porto” rapidamente la riforma, anch’essa vissuta — come si evince dallo stesso

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

Come si è già accennato, ciò che, in fondo, sembra essere difettato nel processo legislativo è un serio approfondimento, specie sul piano criminologico, del fenomeno oggetto di incriminazione. Stante anche la già evidenziata approssimazione terminologica del confronto parlamentare, non è chiaro se nel mirino del legislatore vi fosse soltanto il “*revenge porn*” in senso stretto, come alcuni elementi dell’art. 612-ter inducono a credere, o la più ampia casistica della pornografia non consensuale.

6. *L’incriminazione italiana del “revenge porn”. La struttura della fattispecie su due ipotesi (“primi” e “secondi” distributori). Cenni al problema della collocazione sistematica.* — Venendo alle questioni più strettamente collegate alla formulazione del reato, la fattispecie è strutturata in due distinte ipotesi, che prevedono il medesimo trattamento sanzionatorio per le condotte di invio, consegna, cessione, pubblicazione e diffusione di immagini o video dal contenuto sessualmente esplicito. Il discrimine è costituito dalle modalità con le quali 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 ».

A seconda delle modalità di acquisizione dei materiali sessualmente espliciti il legislatore ha diversamente modulato l’elemento soggettivo del reato. Nelle ipotesi di ricezione, infatti, per la sussistenza del reato l’agente deve realizzare la condotta con « il fine di recare nocimento » alla persona rappresentata nelle immagini o nei video diffusi. La *ratio* parrebbe quella di differenziare tra il “distributore originario”, colui che ha realizzato le immagini o le ha sottratte alla vittima, per poi pubblicarle per primo, ed i c.d. “secondi distributori”, coloro che ridiffondono immagini ricevute da altri e contribuiscono alla “viralizzazione”, selezionando, all’interno di quest’ultima vastissima categoria di soggetti, quelle condotte che, proprio perché animate da un intento malevolo, possono rivelarsi più lesive per la persona offesa⁵³.

Una prima questione, non decisiva ma senz’altro insidiosa, attiene

epiteto — come un’emergenza; *in secundis*, cominciavano ad aleggiare sull’esecutivo quelle nubi che, di lì a poche settimane, ne avrebbero segnato la fine.

⁵³ Come noto, una delle funzioni del dolo specifico è circoscrivere l’area della punibilità, v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 547 ss.

alla collocazione sistematica della nuova fattispecie, che, in forza dell'intreccio tra i diversi beni giuridici lesi dalle condotte di pornografia non consensuale, si prestava a più soluzioni dal punto di vista "topografico".

L'ingresso nella sezione dedicata ai reati contro la *libertà morale* sembra poter essere motivata soprattutto con la già osservata contiguità, sul piano criminologico, della pornografia non consensuale con lo "stalking". Al pari del delitto di atti persecutori, del resto, anche l'illecito tipizzato dall'art. 612-ter c.p. presenta carattere plurioffensivo. Peraltro, gran parte dei beni tutelati dalle due norme sembra coincidere⁵⁴: si consideri, ad esempio, la "tranquillità personale", solitamente richiamata con riguardo all'art. 612-bis c.p. e da intendersi come uno degli aspetti del più generale interesse alla "privatezza" e all'intangibilità della sfera privata⁵⁵.

La soluzione adottata dal legislatore appare comunque preferibile rispetto a quanto avanzato in altre proposte di legge, che prevedevano la collocazione del nuovo illecito, ad esempio, tra i reati di violenza sessuale o all'interno del "Codice *privacy*"⁵⁶. È vero che la *privacy* costituisce il bene giuridico primariamente leso dalle condotte di cui ci si occupa, ma il riferimento al carattere "sessualmente esplicito" delle immagini contenuto nell'art. 612-ter c.p. fa pensare ad un'aggressione anche ad altri valori, quali l'intimità, la riservatezza, talvolta la fiducia prestata nei confronti dell'agente e, più in generale, la libertà di determinarsi in ambito sessuale⁵⁷.

Meritava, invece, maggior approfondimento l'idea di creare un apposito titolo del codice relativo ai delitti che ledono la riservatezza sessuale⁵⁸, entità giuridica che sta assumendo sempre più centralità nella

⁵⁴ Sul carattere plurioffensivo dello "stalking", nonché sulle modalità di lesione della libertà morale, A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 103 ss.

⁵⁵ In questo senso già F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in questa *Rivista*, 1967, 1079.

⁵⁶ Nel Ddl. n. 1166, il nuovo reato è introdotto appunto all'interno del Dlgs. 196/2003, immediatamente dopo l'art. 167. La collocazione nel codice penale tra i reati contro la libertà morale prescelta dal "Codice Rosso" è in linea, invece, con i Ddl. n. 1076 e 1134, nonché con la proposta di legge dell'On. Savino nella scorsa legislatura.

⁵⁷ Per una lettura della pornografia non consensuale come lesione della *privacy*, ma in termini di offesa all'integrità individuale e di perdita del controllo sulla propria sessualità, A. GILLESPIE, *Cybercrime*, cit., 221. Nella dottrina italiana, G.M. CALETTI, "Revenge porn" e tutela penale, cit., 82.

⁵⁸ Una simile collocazione sistematica per il nuovo delitto era stata prospettata dall'Unione Camere penali italiane (UCPI) nell'ambito delle audizioni tenute dalla commissione

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

vita moderna in considerazione del moltiplicarsi delle nuove forme di intrusione consentite dagli strumenti informatici ⁵⁹.

7. *Tipizzando la pornografia non consensuale. Le condotte punibili.* — Lo spettro delle condotte punibili è estremamente ampio e dovrebbe consentire di abbracciare gran parte della casistica molto eterogenea nella quale può sostanzarsi il “*revenge porn*” in senso lato. Ferma l’opportunità di un approfondimento anche a livello semantico delle azioni tipizzate dalla disposizione e dei reciproci confini, l’alternatività e la perfetta simmetria sanzionatoria tra le diverse condotte rendono possibile, nel frattempo, avventurarsi nel tentativo di offrire qualche essenziale coordinata interpretativa.

Il primo nucleo di condotte (inviare, consegnare, cedere) sembra fare riferimento, non senza sovrapposizioni, alle ipotesi di trasferimento delle immagini tra due persone o, comunque, con un numero determinato e ristretto di destinatari. Non di rado la vendetta si consuma attraverso l’invio dei materiali intimi ad una o poche persone determinate, come il datore di lavoro della persona ritratta nelle immagini, i suoi colleghi, i familiari, il nuovo *partner*, nella speranza che lo scandalo ne pregiudichi il futuro professionale o le relazioni più strette ⁶⁰. Capita altresì che il processo di diffusione abbia inizio da una prima cessione confidenziale ad una sola persona che, anziché tenere segreta l’immagine, la distribuisce ad altri.

Diversamente, la pubblicazione potrebbe ricorrere nei casi in cui le fotografie o i video vengano “postati” su siti pornografici, *social network* o su altre piattaforme *online*; mentre la diffusione sembra richiamare la distribuzione senza intermediari ad un’ampia platea di destinatari, ipotesi che si verifica negli inoltri nelle *chat* di messaggistica istantanea, nelle *mailing list*, negli strumenti di condivisione *peer to peer* ⁶¹.

giustizia del Senato in relazione al “Codice Rosso”. Il testo scritto è rinvenibile sul sito www.senato.it.

⁵⁹ Per un’ampia tematizzazione dell’argomento, D.K. CITRON, *Sexual Privacy*, cit., 2019, 1870 ss.

⁶⁰ Casi di questo genere sono riportati da C. BARMORE, *Criminalization in Context: Involuntariness, Obscenity, and First Amendment*, in *Stanford Law Review*, 2015, n. 67, 448; e K. HICKEY, *Using Technology to Impede Privacy and Consent: a Survey of Revenge Porn Laws*, in *American Criminal Law Review Online*, 2018, n. 19, 55.

⁶¹ Non si ignora come, in relazione ad altre fattispecie, la condotta di diffusione abbia assunto un significato ben più ampio di quello qui proposto. Ciò, tuttavia, si è verificato quando alla diffusione non erano equiparate tante altre condotte, come nel caso dell’art.

Sembrerebbe rimanere fuori dall'ambito della tipicità, invece, la condotta di chi si limiti a mostrare *de visu* delle immagini ad un'altra persona, senza che vi sia una cessione "fisica" delle stesse su un supporto cartaceo o digitale⁶². In questo senso pare indiziante il confronto con l'art. 615-*bis* c.p., il cui secondo comma prevede la condotta di "rivelazione" (delle immagini indebitamente ottenute ai sensi del primo comma), che sembra attrarre nell'area della tipicità anche casi di questo genere.

La non configurabilità del reato può essere giustificata con la minore offensività di tale condotta. Infatti, per quanto certamente sgradevole, limitarsi a far vedere un'immagine senza cederla non è azione prodromica alla "viralizzazione". L'agente, non spogliandosi del controllo sulla stessa, non avvia il rischio di un'ulteriore diffusione (all'infinito) dell'immagine, che si è visto essere uno dei tratti più lesivi della pornografia non consensuale. Fermo restando che anche l'applicabilità dell'art. 615-*bis* è piuttosto incerta⁶³, una disparità di trattamento non sembrerebbe così irragionevole: in quel caso, l'origine non consensuale — e per questo illecita — delle immagini consente di prospettare una tutela rafforzata.

Più problematica appare l'ipotesi nella quale le immagini vengano mostrate ad un elevato numero di persone. Si consideri, a titolo esemplificativo, la bravata — tutt'altro che irrealistica — di un gruppo di giovani che, in occasione di una festa o di una assemblea autogestita del loro istituto scolastico, per umiliare una compagna di classe, proiettino un video che la ritrae compiere atti sessuali con uno di essi. O si pensi, ancora, all'esibizione nell'ambito di una mostra fotografica di un'immagine di nudo che non era stata autorizzata dalla persona rappresentata dalla fotografia. Rispetto a tale casistica, anch'essa contraddistinta dall'assenza di trasmissione delle immagini, ma diversa sotto il profilo della

615-*bis* c.p., comma 2, che vi affianca la sola condotta di rivelazione. La condotta di diffusione è stata aggiunta nel 2006 (l. n. 38) anche al comma 3 dell'art. 600-*ter* c.p., ma la giurisprudenza ne ha da sempre escluso l'autonomia, ritenendola ricompresa nella divulgazione. Tra le tante, cfr. Cass. pen., III sez., 5 maggio 2009, 27171.

⁶² La questione si è posta anche in Australia durante il processo di studio prodromico all'incriminazione a livello federale. Nella dottrina australiana, favorevoli alla rilevanza penale anche della condotta di colui che mostra un'immagine, N. HENRY, A. POWELL, *Sexual Violence in the Digital Age*, cit. 403.

⁶³ Ciò in forza del riferimento della norma ad ogni altro mezzo di informazione al pubblico, che, però, parte della dottrina riconduce soltanto alla diffusione. In questo senso, M. RONCO, *Vita privata (interferenze illecite nella)*, in *NN.D.I.*, VII, Torino, 1987, 1164.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

consistenza del pubblico, si potrebbe ritenere integrata una pubblicazione.

In ogni caso, fatte salve ipotesi limite come quelle menzionate, la parità delle pene per tutte le condotte porta a ritenere che il significato da attribuire alle azioni elencate dal nuovo articolo non sarà oggetto di un rigoroso approfondimento giurisprudenziale. Ciò sulla scorta di quanto già avvenuto per altre fattispecie basate sulla condivisione di immagini (v. ad es., artt. 600-ter, comma 3, 615-bis, comma 2), la cui interpretazione ha spesso condotto al ridimensionamento in termini endiadici delle espressioni utilizzate dal codice⁶⁴.

D'altronde, non pare nemmeno semplice individuare un'univoca scala di disvalore tra le diverse condotte tipizzate che possa orientare il giudice nella quantificazione della pena⁶⁵. Non è affatto scontato che una pubblicazione all'insaputa della vittima su numerosi siti pornografici stranieri, in grado di raggiungere migliaia di utenti, sia da ritenersi più lesiva di una condivisione con tutti i diretti conoscenti della persona offesa su una *chat* di messaggistica o un *social network*. Va inoltre sottolineato che, per chi realizza la condotta, nella maggior parte dei casi non è possibile prevedere quanto sarà capillare la diffusione delle immagini, atteso che la "viralità" spesso imbrocca percorsi casuali e difficilmente pronosticabili⁶⁶. Al più, dunque, le differenti condotte potranno svolgere una funzione di orientamento per la valutazione della sussistenza del dolo specifico del secondo comma (v. infra, §§ 9 e 10).

A prescindere da tutto ciò, merita apprezzamento la scelta del legislatore di non prevedere quale espressa modalità della condotta l'uso di *Internet* o, comunque, di strumenti informatici e/o telematici. Tali restrizioni, prospettate in alcuni disegni di legge e positivizzate da diversi

2067

⁶⁴ Pur nella prospettiva di una lettura differenziante delle condotte, sottolinea questo aspetto con riferimento alle interferenze illecite nella vita privata, F. PALAZZO, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del nuovo art. 615 bis)*, in questa *Rivista*, 2001, 147. Relativamente alla pornografia minorile, S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile (art. 600 ter)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, Milano, 2010, 457.

⁶⁵ Ciò è già stato rilevato in dottrina anche con riguardo all'art. 615-bis c.p., in particolare da L. MONACO, *Art. 615-bis c.p.*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, 2028.

⁶⁶ In argomento, l'approfondita indagine di E. ARIELLI, P. BOTTAZZINI, *Idee virali. Perché i pensieri si diffondono*, Bologna, 2018.

ordinamenti stranieri⁶⁷, avrebbero escluso dal raggio della punibilità anche condotte gravi. Si è già accennato al fatto che la pornografia non consensuale è un fenomeno che esisteva già prima dell'affermarsi delle moderne tecnologie e che esse ne hanno radicalizzato la portata e gli effetti⁶⁸. Ancora oggi, tuttavia, sono ipotizzabili forme di diffusione che prescindono dall'uso di tali strumenti e, segnatamente, di *Internet*.

8. (segue): *L'oggetto materiale della condotta: « immagini e video dal contenuto sessualmente esplicito e destinati a rimanere privati ».* *L'identificabilità della persona offesa come requisito tacito della fattispecie?* — Le immagini e i video oggetto delle condotte descritte da entrambi i commi dell'art. 612-ter c.p. devono avere « contenuto sessualmente esplicito » ed essere « destinati a rimanere privati ». Entrambi i requisiti hanno una funzione restrittiva dell'ambito applicativo del nuovo delitto, imponendo al giudice di selezionare soltanto quelle immagini che abbiano una esplicita connotazione sessuale e rispetto alle quali possa essere nutrita una fondata aspettativa di riservatezza⁶⁹. È dunque ipotizzabile che, nella prassi, a differenza di quanto osservato per le condotte tipizzate, essi si rivelino un cruciale snodo interpretativo.

Sotto il primo profilo, la scelta di limitare la configurabilità del reato alle ipotesi di diffusione di immagini sessualmente esplicite ripercorre il solco tracciato dai legislatori anglosassoni, discostandosi dal modello di incriminazione affermatosi nei principali ordinamenti continentali (Spagna e Germania), incentrato sulla tutela dell'intimità e della riservatezza nel loro complesso⁷⁰. La soluzione adottata appare in linea con l'elevata

2068

⁶⁷ Ad esempio, l'uso di strumenti informatici e telematici è previsto nel Ddl. 1076. Occorre tuttavia ricordare che l'art. 612-ter c.p. prevede un'apposita aggravante (v. *infra*, § 12).

⁶⁸ Un importante caso di "revenge porn" ante litteram è quello del giornale americano "Beaver Hunt", che negli anni '80 pubblicò non consensualmente le immagini di nudo di decine di ragazze americane. Cfr. A.M. FRANKS, "Revenge Porn" reform, cit., 1254.

⁶⁹ A ben vedere, già il riferimento ad immagini e video costituisce una prima scelta di campo da parte del legislatore, dal momento che nel dibattito era emersa anche la possibile criminalizzazione della diffusione di audio sessualmente allusivi. Relativamente agli audio, peraltro, è da segnalare anche la recente introduzione dell'art. 617-septies c.p. Essa, tuttavia, ha ad oggetto esclusivamente audio registrati « fraudolentemente », ed è quindi da escludersi che possa trovare applicazione laddove vi sia un messaggio vocale inviato volontariamente. La restrizione della tipicità alle sole immagini appare, tutto sommato, condivisibile, data la loro icasticità e la innegabile maggiore propensione ad una diffusione capillare. Per audio e scritti intimi pare sufficiente la diffamazione, eventualmente aggravata dall'uso di un mezzo di pubblicità.

⁷⁰ La fattispecie spagnola, codificata al paragrafo 7 dell'art. 197 del *Código Penal*, parla di « imágenes o grabaciones audiovisuales obtenido con su anuencia en un domicilio o en

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

cornice editale prevista — (solo parzialmente) giustificabile con la maggior lesività della circolazione di un'immagine esplicitamente sessuale —, nonché coerente con la possibilità di invocare, a presidio dell'intimità in senso lato, altre fattispecie già esistenti, quali, in particolare, l'art. 167 del “Codice *privacy*” e, qualora le immagini siano state carpite con modalità “voyeuristiche”, l'art. 615-*bis* c.p.⁷¹.

Ancorché inizialmente prevista nella prima versione dell'emendamento approvato⁷², il legislatore ha ritenuto opportuno non offrire una definizione di cosa si intenda per “sessualmente esplicito”, rimettendo al giudice la valutazione caso per caso del carattere sessuale delle immagini diffuse. Si tratta di una soluzione in fin dei conti condivisibile, per quanto non inappuntabile sul piano della determinatezza. Laddove, come in Inghilterra, si è tentato di articolare una definizione espressa di “*sexual*”, infatti, essa ha finito per sollevare molteplici questioni, come, tra le altre, se il seno femminile vada considerato un “organo genitale”⁷³.

In generale, non dovrebbero sorgere dubbi particolari in merito al riconoscimento dell'esplicito carattere sessuale di immagini che raffigurino qualsiasi forma di rapporto sessuale o di autoerotismo, nonché di immagini raffiguranti corpi nudi, per intero o limitatamente ad organi genitali o ad altre aree corporee generalmente riconducibili all'eccitamento sessuale come, appunto, il seno o le natiche. Per le altre categorie di immagini — baci ed altre effusioni, pose sensuali o provocanti, foto in costume da bagno o in *lingerie* — che non paiono di per sé idonee ad integrare la fattispecie, assumerà rilievo la valutazione del contesto complessivo, atteso che anche un'immagine particolarmente allusiva,

2069

cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», non contemplando alcun riferimento alla sessualità. Analogamente, il § 201a dello *Strafgesetzbuch* è incentrato sulla « *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs* » e gli unici riferimenti alla sessualità sono contenuti nel comma 3, che punisce chi scatta fotografie di nudità di minori di anni diciotto.

⁷¹ Il reato previsto all'art. 167 del Dlgs. 196 del 2003 sembrava dover andare incontro a depenalizzazione nell'ambito dei lavori di adeguamento al c.d. GDPR, ma è stato soltanto modificato. Cfr. V. MANES, F. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 171 ss.

⁷² Laddove si prevedeva, al comma 6, che « ai fini di cui al presente articolo, per immagini o video privati sessualmente espliciti si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di soggetti consenzienti, coinvolti in attività sessuali, ovvero qualunque rappresentazione degli organi sessuali per scopi sessuali, realizzati, acquisiti ovvero comunque detenuti in occasione di rapporti od incontri anche occasionali ».

⁷³ Cfr. A.A. GILLESPIE, “*Trust me, it's only for me*”, cit., 869.

benché priva delle predette nudità, può presentare un carattere marcatamente sessuale ⁷⁴.

Oltre all'esplicita connotazione sessuale, occorre che immagini e video siano stati creati in un contesto di riservatezza nel quale sarebbero rimasti se non fosse intervenuta una delle condotte tipizzate. La previsione di questo ulteriore carattere delle immagini è funzionale ad escludere dal fuoco della norma le situazioni nelle quali vi è stata una volontaria esposizione al pubblico, come avviene per lo "streaking" ⁷⁵, oppure per chi ha rapporti sessuali o prende il sole a seno nudo in pubblico ⁷⁶. Si tratta di casi nei quali può anche difettare il consenso alla divulgazione delle immagini, ma la natura non privata del contesto in cui è creata l'immagine rende impossibile attendersi che essa resti riservata.

Più problematica appare l'esclusione dal perimetro della tipicità della casistica nella quale l'assenza del requisito non discende da una libera scelta della persona rappresentata nelle immagini. Analogamente, infatti, sembra doversi ammettere la non applicabilità dell'art. 612-ter c.p. alle ipotesi, sempre più frequenti, nelle quali vengano filmate molestie o vere e proprie violenze sessuali con finalità "cyberbullistiche" o allo scopo di tenere sotto ricatto la vittima ⁷⁷. Tali immagini, molto spesso realizzate alla presenza di tante persone (feste di adolescenti, violenze di gruppo), vengono create proprio in vista della loro successiva pubblicazione. Entrambi questi aspetti sembrano decretarne l'incompatibilità con una destinazione privata.

2070

⁷⁴ Sarà senz'altro interessante osservare se in giurisprudenza si tenderà a sovrapporre il concetto di "sessualmente esplicito" a quello di "pornografico" (quale rappresentazione degli organi sessuali per scopi sessuali), già in passato distinto da quello di "intimo" (cfr. Cass. pen., sez. III, 11.4.2017, n. 34357) o se vi sarà dato un significato autonomo, in grado di ricomprendere anche immagini osé o erotiche. La definizione di "pornografia" è, come noto, cristallizzata nel nostro codice penale all'ultimo comma dell'art. 600-ter c.p., introdotto nel 2012 in seguito alla Convenzione di Lanzarote.

⁷⁵ Si tratta della pratica esibizionistica di interrompere, completamente nudi, manifestazioni pubbliche con grande cornice di pubblico, spesso di tipo sportivo. L'esempio è tratto da C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, cit., 540.

⁷⁶ Esempio suggerito da A.A. GILLESPIE, "Trust me, it's only for me", cit., 870.

⁷⁷ La letteratura internazionale offre numerosi esempi di giovani ragazze suicidatesi a seguito di episodi di cyberbullismo consistiti nella divulgazione di immagini di molestie. Cfr. A.M. FRANKS, "Revenge Porn" reform, cit., 1264 ss. In Italia, il caso più noto è quello di Carolina Picchio. L'altra casistica — la ripresa di stupri — è invece riconducibile alla più ampia cornice della c.d. "extreme pornography". In argomento, C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Criminalising extreme pornography: a lost opportunity*, in *Criminal Law Review*, 2009, n. 4, 245 ss. Per un caso recente, *Conosce via social quattro ragazzi: stuprata e filmata*, in *Corriere della Sera* del 6.6.19.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

L'attributo della privatezza crea qualche grattacapo interpretativo anche con riguardo al “*sexting*”. In proposito è da escludersi con nettezza che la condivisione all'interno della coppia o di una ristretta cerchia di persone⁷⁸ di un'immagine sessualmente esplicita si traduca in una rinuncia alla pretesa di privatezza dell'immagine⁷⁹. Un simile ragionamento non rispecchia in alcun modo l'idea di riservatezza veicolata dalle nuove tecnologie: coloro che sono cresciuti con una presenza *online* (c.d. “*millennials*” e “*generation z*”) sono consci di poter, attraverso un identico gesto (qualche “*click*”), condividere un contenuto con una persona, pochi amici, gruppi più numerosi, tutti i propri conoscenti o, addirittura, migliaia di sconosciuti⁸⁰. Come già sostenuto altrove, quindi, le immagini a contenuto sessuale vanno presunte come “private”, a meno che non vi siano evidenti indizi che lasciano intendere che non vi è alcuna aspettativa di riservatezza nella condotta della persona raffigurata (ad esempio, inviare immagini ad un gruppo molto numeroso, “postarle” sui *social network* o caricarle su un sito pornografico)⁸¹.

Il requisito della destinazione privata delle immagini contribuisce a tracciare i confini di applicabilità dell'art. 612-ter c.p. anche in relazione ad altre fattispecie di reato. Astrattamente, infatti, tutti gli altri elementi della fattispecie si presterebbero ad essere integrati anche dalla condotta del *voyeur* che, *avendo comunque acquisito* le immagini sessualmente esplicite ai sensi del comma 2, le pubblica o le diffonde ad altri. Tuttavia, le immagini carpite senza il consenso della persona rappresentata o a sua insaputa non sono, per loro natura, destinate a rimanere private, atteso che già la loro produzione avviene in violazione della riservatezza e della *privacy*⁸². Diversamente, la destinazione privata delle immagini non

2071

⁷⁸ Una diffusione con pochi soggetti selezionati sembrerebbe essersi verificata, ad esempio, nel caso di Tiziana Cantone. V. G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale, cit., 65 ss.

⁷⁹ Su queste posizioni va segnalato l'orientamento di una parte della dottrina americana. Sul punto il discorso è intrecciato a doppio filo con quello relativo al consenso alla pubblicazione delle immagini. Si rimanda pertanto alla trattazione del paragrafo successivo e alle indicazioni bibliografiche ivi contenute.

⁸⁰ Con particolare lucidità su questi aspetti la prevalente dottrina inglese. Cfr. A.A. GILLESPIE, “Trust me, it's only for me”, cit., 870; C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, cit., 545.

⁸¹ V. G.M. CALETTI, “Revenge porn” e tutela penale, cit., 89.

⁸² La diffusione di immagini ottenute voyeuristicamente, pertanto, potrà essere ricondotta, a seconda dei casi — e, segnatamente, della raffigurazione nelle immagini di chi realizza la condotta — e ferma la ricorrenza dei rispettivi elementi costitutivi, ai delitti di cui agli artt. 615-bis e 617-septies c.p. Recentemente, ha ricevuto grandi attenzioni mediatiche il caso di un

preclude che a commettere il reato in esame sia un *hacker*, che, dopo aver violato un sistema informatico della vittima o del suo *partner*, diffonda illecitamente le immagini. In questa ipotesi, può ben trattarsi di immagini realizzate con l'idea di mantenerle riservate.

In conclusione dell'analisi relativa alle condotte e all'oggetto materiale delle stesse, sembra il caso di evidenziare un ultimo aspetto. L'art. 612-ter c.p. non specifica se dalle immagini divulgate debba essere o meno identificabile la persona rappresentata. Il problema si pone per la tendenza da parte di chi pratica *sexting* ad inviare fotografie prive del volto per ragioni "precauzionali", e, per quanto riguarda le riprese amatoriali, per via della scarsa qualità dei video, che rende tutt'altro che agevole il riconoscimento delle persone coinvolte.

Benché non espressamente previsto, non sembra erroneo ritenere l'individuabilità della persona raffigurata nelle immagini alla stregua di un elemento "tacito" della fattispecie penale. A ben vedere, infatti, per quanto possa essere spiacevole il pensiero di migliaia di sconosciuti che visualizzano il proprio corpo nudo, l'impossibilità di ricollegarlo ad un'identità, o quantomeno ad un volto, elide grandemente la lesività della diffusione dell'immagine⁸³. Spostando il discorso sul piano pratico, poi, pare molto difficile ipotizzare la presentazione della querela, condizione di procedibilità del reato, da parte di una persona non individuabile, che finirebbe in tal modo per "rivendicare" l'immagine e svelare o confermare la propria identità.

Ad ogni modo, va precisato come l'individuabilità non sia da condizionare soltanto alla presenza o meno del viso della vittima. La riconoscibilità, come peraltro già stabilito in una sentenza relativa ad un caso di "revenge porn" precedente all'entrata in vigore della norma nel quale era

giovane calciatore, filmato da due sconosciuti mentre consumava un rapporto sessuale nel bagno di un locale notturno. A quanto si apprende dalla cronaca, dovrebbe essere stata avviata un'indagine sulla base dell'art. 612-ter c.p. V. *Video hard con il portiere della Reggiana Voltolini: individuati e denunciati i due giovani*, in *IlGiornale.it*, 6.12.19.

⁸³ Emblematico pare, in proposito, il confronto con il fenomeno del c.d. "upskirting", ovvero la prassi di scattare foto alle donne in luoghi pubblici sotto la gonna (o dentro la scollatura, c.d. "down blouses"). In questi casi, qualora vi sia la pubblicazione di immagini prive di riferimenti alla persona ritratta, sembra prevalere l'aspetto della molestia nel ricevere una fotografia indesiderata in una zona intima, piuttosto che la successiva diffusione. Sul tema, C. MCGLYNN, J. DOWNES, *We Need a New Law to Combat "Upskirting" and "Downblousing"*, in *Inherently Human*, 2019.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

stata contestata la diffamazione⁸⁴, può anche avvenire sulla base di segni particolari, come un tatuaggio. Analogamente, il requisito tacito andrà ritenuto soddisfatto qualora esso non sia desumibile dall'immagine, ma da altre modalità della condotta, come nel caso di un'immagine priva di volto diffusa in una *chat* di conoscenti contestualmente alla rivelazione dell'identità della persona, oppure in tutte le ipotesi di “*doxxing*”, nelle quali vengono forniti dati personali della vittima accanto alle immagini⁸⁵.

9. *La non consensualità quale presupposto della condotta. Questioni di imputazione soggettiva e margini di applicabilità del paradigma dell'“affirmative consent”*. — Entrambi i commi dell'art. 612-ter c.p. richiedono, quale presupposto della condotta, che le azioni vengano realizzate « senza il consenso delle persone rappresentate ».

Si tratta, per certi versi, dell'epicentro della nuova fattispecie. La non consensualità, vera e propria cifra distintiva del “*revenge porn*” anche nella sua accezione più ampia, segna il perimetro di offensività ed illiceità delle condotte divulgative delle immagini⁸⁶. Come già precisato, l'intervento penale si giustifica non sulla base della pubblicazione di materiali pornografici e della loro intrinseca amoralità, bensì dell'esposizione non autorizzata di un corpo in circostanze di massima intimità.

La previsione del presupposto della non consensualità della condotta, tuttavia, non manca di sollevare diverse questioni interpretative, specie dal punto di vista dell'imputazione soggettiva. È in tema di consenso alla divulgazione delle immagini, infatti, che si sono appuntate le principali opposizioni all'incriminazione del “*revenge porn*” nel mondo angloamericano, alimentate dall'equivoco che prestarsi ad una ripresa

2073

⁸⁴ Cfr. Trib. Ravenna, 25.11.2019, n. 1085 (con commento di M. MARRAFFINO, *Revenge Porn: il tatuaggio rende riconoscibile la vittima*, in *IlSole24ore.com*, 17 dicembre 2019). di condanna di un uomo che aveva divulgato nel gruppo *WhatsApp* della propria squadra di calcio una foto che ritraeva la propria *ex* fidanzata di spalle durante un rapporto sessuale, ma la ragazza risultava riconoscibile proprio a causa di un vistoso tatuaggio.

⁸⁵ In questa prospettiva, la legge dell'Illinois, una delle poche che richiede espressamente l'identificabilità della persona offesa, prevede che essa possa derivare dall'immagine o da altre informazioni ad essa collegate. Favorevole alla codificazione del requisito la dottrina americana prevalente, A.M. FRANKS, *Drafting An Effective “Revenge Porn” Law: A Guide for Legislators*, disponibile su *cybercivilrights.org*.

⁸⁶ Occorre segnalare che si tratta di un confine che, con la graduale “pornograficizzazione” della società, risulta ogni giorno più labile. Non sono affatto rari i casi di pornografia amatoriale volontaria e consensuale, alimentati da crescenti fenomeni di esibizionismo, sul quale, M. MENICOCCHI, *Pornografia di massa*, cit., 97 ss.

intima equivalga ad avallare la successiva pubblicazione o che, a maggior ragione, condividere un'immagine con una persona (“sexting”) significhi acconsentire anche alla sua ulteriore diffusione, o quantomeno accettarne l'eventualità⁸⁷. Il biasimo tende dunque a scivolare verso la vittima, alla cui ingenua auto-esposizione al pericolo vengono ascritte le drammatiche conseguenze innescate, in realtà, dall'autore della condotta tipizzata (c.d. “*victim blaming*”).

Questo modo di ragionare, non nuovo per via delle sue note declinazioni in tema di violenza sessuale⁸⁸, rischia di tradursi — sul piano applicativo — in una ingiustificata presunzione di sussistenza del consenso alla diffusione delle immagini da parte di chi le ha condivise con il *partner*, se non, più probabilmente, in un meccanico riconoscimento dell'assenza di dolo da parte di chi ha realizzato una delle condotte a causa di un errore che investe il presupposto della non consensualità.

Sul punto occorre in primo luogo riaffermare la stretta “*contestualità*” di ogni forma di consenso, vale a dirsi l'impossibilità di estenderne la validità oltre i confini dell'esatto contesto nel quale viene prestato⁸⁹. In questa prospettiva, sulla scorta di quanto viene ormai generalmente riconosciuto con riguardo ad altri ambiti, come la stessa sessualità o l'attività medica⁹⁰, va escluso che la creazione consensuale di un'imma-

2074

⁸⁷ Il ragionamento, altamente condiviso nell'opinione pubblica, è di C. CALVERT, *Revenge Porn and Freedom of Expression: Legislative Pushback to an Online Weapon of Emotional and Reputational Destruction*, in *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, 2014, 673 ss. C. BARMORE, *Criminalization in Context*, cit., 467, sottolinea anche la ritrosia da parte della stessa polizia americana a recepire le prime denunce, riportando il caso di un agente che, a fronte della denuncia presentata da una ragazza, le avrebbe risposto: « *why would you take a picture like this if you didn't want it on the internet?* ». Per un approfondimento di queste prese di posizione all'interno della letteratura americana, nonché delle declinazioni del “*victim blaming*” nell'ambito del “*revenge porn*”, sia consentito un ulteriore rinvio a G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e *tutela penale*, cit., 88-89. Diffusamente e lucidamente sull'argomento, A. VERZA, *Aggredire attraverso l'immagine*, cit., *passim*.

⁸⁸ Secondo un recentissimo sondaggio dell'ISTAT, il 40% degli intervistati attribuisce alle donne la responsabilità per le violenze subite, in particolare per il modo di vestire, sostenendo altresì che chi davvero vuole può riuscire ad evitarle. Cfr. *Violenza sulle donne. Colpa di come vestono*, in *Corriere della Sera*, 26.11.19.

⁸⁹ Si tratta a ben vedere di aspetto ben chiaro alla dottrina angloamericana. Cfr. le monografie di H. NISSENBAUM, *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford, 2010; D.J. SOLOVE, *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet*, Yale, 2007.

⁹⁰ Il parallelo con il consenso nella violenza sessuale è evidente: anche in questo caso non è possibile estendere presuntivamente il consenso prestato per una determinata pratica sessuale anche ad altre (v. ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 5.10.17, n. 2400). In questa prospettiva, l'ultima frontiera è costituita dal c.d. “*stealth*”, ovvero il caso dell'uomo che,

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

gine sessualmente esplicita o il suo invio ad una determinata persona configurino un'implicita accettazione alla distribuzione. Essa costituisce una condotta ulteriore, che, per essere realizzata lecitamente, necessita di un'apposita e specifica autorizzazione ⁹¹.

Ciò premesso, sembra tuttavia inevitabile che, nella prassi, l'accertamento della rappresentazione da parte dell'agente dell'assenza del consenso costituisca una delle problematiche principali. Non a caso, parte autorevole della dottrina americana aveva raccomandato ai legislatori statuali che nella redazione delle fattispecie incriminatrici l'imputazione soggettiva venisse modulata, per quanto riguarda l'elemento dell'assenza di consenso, al più fino alla *Recklessness* ⁹², l'equivalente angloamericano di dolo eventuale e colpa cosciente ⁹³.

Facendo seguito a questa impostazione, fermo il dolo (*Intention*) per la condotta di divulgazione, risulterebbe quindi punibile chiunque, sia egli un primo o un secondo distributore, abbia condiviso le immagini pur consapevole del rischio di diffonderle in modo non consensuale. Al

nascostamente, a rapporto già iniziato, si sfilava il preservativo. Dottrina e giurisprudenza americane si interrogano sulla rilevanza penale di tale comportamento, atteso che il rapporto non sarebbe acconsentito secondo quelle precise modalità. Al riguardo, v. A. BRODSKY, *Rape-Adjacent: imagining legal responses to nonconsensual condom removal*, *Columbia Journal of Gender and Law*, 2017, 183 ss.

Analogamente, anche nel settore dell'attività medica è da tempo dato condiviso l'illiceità di qualsiasi trattamento o intervento chirurgico che ecceda quanto espressamente acconsentito dal paziente. Più problematica è, come noto, la riconducibilità alle fattispecie penali esistenti (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 18.12.08, n. 2437, Giuliani). Per un'impostazione che valorizza al massimo grado il consenso del paziente, cfr. F. VIGANÒ, *Art. 50*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, 3° ed., Milano, 2011, 671 ss.; ID., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1811 ss.;

⁹¹ Sul punto, è concorde la prevalente dottrina angloamericana. Per tutti, A. GILLESPIE, "Trust me, it's only for me", 873, e D.K. CITRON, A.M. FRANKS, *Criminalizing Revenge Porn*, cit., 354. Presupposto di questa impostazione è la prospettiva, laica e non paternalistica, secondo la quale, per una persona, e in particolare una donna, costituisce una declinazione della propria libertà sessuale l'invio di una propria immagine al *partner*, in un contesto di riservatezza, intimità e fiducia reciproca.

⁹² In questo senso, A.M. FRANKS, "Revenge Porn" reform, cit., 1284. Adesivamente, gli australiani T. KIRCHENGAST, T. CROFTS, *The legal and policy contexts of "revenge porn" criminalisation: the need for multiple approaches*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2019, 12.

⁹³ La definizione di *Recklessness* del *Model Penal Code* americano [§2.02(2)(c)] è « conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk ». Per un quadro aggiornato dell'istituto in tutti gli ordinamenti angloamericani, si veda il lavoro monografico di F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, Cambridge, 2016. Nella dottrina italiana, F. CURI, *Tertium Datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.

contrario, non vi sarebbe responsabilità per coloro che condividono immagini poiché genuinamente persuasi che la persona rappresentata li abbia autorizzati o che siano già state pubblicate consensualmente, ad esempio nella convinzione si tratti di una “*pornostar*” professionista.

L'imputazione differenziata di dolo e colpa a seconda dei diversi elementi costitutivi del reato (c.d. “*element analysis*”) è, come noto, estranea alla nostra tradizione⁹⁴. Pare invece ammissibile una commistione tra diverse forme di dolo a seconda degli elementi della fattispecie incriminatrice, che peraltro non sembra preclusa a priori nemmeno quando ricorra anche un dolo specifico, come nel caso del secondo comma dell'art. 612-ter c.p.⁹⁵, di talché l'elemento della non consensualità potrebbe essere imputabile a titolo di dolo eventuale.

A ben vedere, tuttavia, si potrebbe pervenire ad un esito simile a quello propugnato dalla dottrina americana senza riaffacciarsi, anche con riguardo alla pornografia non consensuale, sull'annosa questione della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente⁹⁶. La strada, senz'altro meno tortuosa, sarebbe quella della valorizzazione del dato letterale dell'art. 612-ter c.p., che presenta una struttura peculiare rispetto ad altre fattispecie fondate sulla non consensualità come, tra le altre, la violazione di domicilio. All'interno della definizione dell'art. 614 c.p., è previsto che il soggetto agente realizzi la condotta di introduzione nel domicilio « *contro la volontà* espressa o tacita di chi ha diritto di escluderlo ». In linea generale, quindi, l'accertamento del dissenso, sia espresso che tacito, comporta che si riscontri nel fatto storico una effettiva manifestazione di volontà del titolare, ostativa all'intromissione nel domicilio.

⁹⁴ Cfr. P.H. ROBINSON, J.A. GRALL, *Element Analysis in defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*, in *Stanford Law Review*, 1983, 681 ss. Nella nostra dottrina, A. CADOPPI, *Mens Rea*, in *Digesto Pen.*, IV ed, Torino, 1993, 618 ss., M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, in corso di pubblicazione.

⁹⁵ Un esempio è il delitto di omessa dichiarazione (art. 5 Dlgs. 74/2000), nel quale, oltre al dolo specifico di evadere le imposte, si ritiene ammissibile la compresenza di un dolo diretto relativamente alla situazione di fatto nelle sue generalità ed un dolo eventuale con riguardo al superamento della soglia quantitativa. Per un approfondimento di quanto qui sin troppo brevemente accennato, A. CADOPPI, *Il delitto di omessa dichiarazione*, in ID, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 199 ss. e in particolare 202.

⁹⁶ Si tratta, come noto, di una questione che ha a lungo impegnato dottrina e giurisprudenza, dando luogo ad una letteratura sterminata. Per tutti, cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

Il nuovo reato di diffusione illecita di immagini sessualmente esplicite, stabilendo che la condotta debba avvenire « *senza il consenso* », non pone il requisito in termini di difformità rispetto ad un dissenso espressamente (o tacitamente) manifestato, ma lo capovolge “in positivo”⁹⁷. Sembrerebbe pertanto possibile ritenere integrato il presupposto della condotta ogniqualvolta l'agente abbia realizzato l'azione in assenza di un consenso esplicito alla divulgazione da parte di tutte le persone rappresentate nelle immagini; senza, cioè, aver previamente raccolto una manifestazione di volontà espressa.

Da questo punto di vista, la formulazione dell'art. 612-ter c.p. sembra riecheggiare il paradigma dell'“*affirmative consent*” recentemente affermatosi nella legislazione sulla violenza sessuale di numerosi Stati americani⁹⁸. Secondo questo nuovo modello, la penetrazione⁹⁹ risulterebbe non consensuale ai fini della legge penale non soltanto quando la persona che la subisce ha manifestato un esplicito dissenso (“*no means no*”), ma altresì nei casi in cui essa sia stata realizzata senza che questa avesse espresso una volontà positiva in tal senso (“*yes means yes*”)¹⁰⁰.

Naturalmente, l'avvicendamento legale tra i due paradigmi, con la

2077

⁹⁷ Nel nostro ordinamento, un esempio di questa inversione terminologica, ancorché non previsto in una fattispecie incriminatrice, è l'art. 1 della l. n. 219 del 2017, a norma del quale « nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata ». In argomento, S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante « norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento »)*, in *Riv. it. med.*, 2017, 975.

⁹⁸ Sul tema, anche per un quadro aggiornato delle legislazioni che si sono adeguate al nuovo modello, S.J. SCHULHOFER, *Consent: What It Means and Why It's Time to Require It*, in *University of the Pacific Law Review*, 2016, 665 ss. Conseguentemente, la nuova definizione di “*rape*” è « *sexual penetration without consent* », dalla quale si percepisce l'assonanza con la struttura dell'art. 612-ter c.p.

⁹⁹ Si è fatto riferimento alla penetrazione in quanto risulta la forma di violenza alla quale più Stati hanno esteso il nuovo modello. Per completezza, è bene specificare che altri ordinamenti statuali hanno previsto il nuovo paradigma anche in relazione ad altri atti sessuali realizzati non consensualmente.

¹⁰⁰ In definitiva, “non consensuale” si traduce in un’“assenza di un sì”. Come noto, in Italia, la riforma dei delitti sessuali (L. n. 66/1196) non ha espunto gli elementi della violenza e della minaccia dalla fattispecie per incentrarla sul mero dissenso della vittima, scelta politico-criminale oggetto di critiche da parte di autorevole dottrina, cfr. T. PADOVANI, *Pre-Art. 609-bis c.p.*, in A. CADOPPI, *Commentario*, cit., 434. A livello di imputazione soggettiva, si riconosce come il dolo debba « *insistere anche sul dissenso, o quantomeno sulla mancanza di consenso, del soggetto passivo, benché tale requisito sia solo implicitamente contenuto nella fattispecie* ». Tuttavia, « *quando nei fatti non si è avuta né una vera e propria violenza, né una vera e propria minaccia perché il soggetto passivo non si è opposto all'atto sessuale, difficilmente il soggetto attivo si sarà reso conto della mancanza di consenso in capo al soggetto passivo* », cfr. A. CADOPPI, *Art. 609-bis c.p.*, *ibidem*, 540.

conseguente rimodulazione del consenso in un atto definitivo non può rimesso alle sensazioni — nebulose e non verbali — del soggetto agente, appare altamente problematico, specie sul piano probatorio. Altrettanto non può dirsi in relazione alla pornografia non consensuale. Infatti, oltre al dato letterale inedito al confronto con altre fattispecie codicistiche basate sulla non consensualità, l'interpretazione qui avanzata trova appigli anche in una pluralità di altri argomenti.

In primo luogo, la pretesa di ottenere un consenso espresso sembra senza dubbio più esigibile che in ambito sessuale. Richiedere alla persona raffigurata nelle immagini la conferma di poterle divulgare, fuggendo così ogni dubbio, costituisce nell'era digitale un adempimento tutt'altro che gravoso. Non pare neppure doversi ravvisare la carica di imbarazzo che può, invece, ipotizzarsi in relazione alla formalizzazione del consenso in un momento di intimità sessuale. Oltretutto, sul piano probatorio, si tratta di un permesso molto più agevole da appurare in un momento successivo, posto che, a differenza del consenso ad un rapporto sessuale, avverrà prevalentemente per via telematica e, quindi, tracciabile ¹⁰¹.

2078

Inoltre, va registrata una sensibile sproporzione tra le conseguenze distruttive ed irrimediabili della condotta di colui che accetta il rischio di diffondere immagini senza aver richiesto conferma alla persona ivi rappresentata e l'utilità sociale della rivelazione di immagini sessualmente esplicite, che appare assai lieve ¹⁰²: in una società altamente "pornografizzata", chi vuole consumare pornografia ha la possibilità di farlo con grande semplicità e non è certo necessario che lo faccia in relazione ad immagini che dovevano rimanere private ¹⁰³.

¹⁰¹ Sotto questo profilo, è importante che in giurisprudenza non si dia luogo ad un'inversione dell'onere della prova, presumendo che non sia stato prestato un consenso esplicito qualora l'imputato non sia in grado di offrirne prova scritta.

¹⁰² Una considerazione non dissimile viene sviluppata anche da A.M. FRANKS, "Revenge Porn" reform, cit., 1284, sul piano della sussistenza della *Recklessness*, in relazione all'ingiustificabilità, proprio perché non fondata su una consistente "social utility", del rischio preso da chi divulghi un'immagine senza accertare il consenso. Ciò in vista di ritenere integrata la già menzionata definizione del *Model Penal Code* di *Recklessness*, che prevede un rischio ingiustificabile. L'eventuale utilità sociale della pornografia è aspetto molto discusso (v. anche *infra*, nota 5). L'incriminazione del "revenge porn", tuttavia, costituisce innegabilmente una limitazione di un discorso vero (v. nota seguente), imponendo quindi di considerare anche un altro estremo nel bilanciamento.

¹⁰³ Il discorso è ovviamente diverso, ma si sposta sul piano delle cause di giustificazione, laddove vi sia un interesse pubblico alla diffusione delle immagini. Anche eventuali istanze di interessi individuali a conoscere le immagini, specie se di natura lato sensu voyeuristica, sembrano pressoché sempre sacrificabili in favore dall'interesse della persona raffigurata nelle

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

L'applicazione dell'*affirmative consent* alla pornografia non consensuale appare anche pienamente in linea con il sentire sociale ed il diritto vivente, che impone liberatorie espresse per qualsiasi forma di trattamento dati o dell'immagine. Appare del tutto paradossale ammettere che la diffusione delle immagini più intime di un'adolescente possa avvenire senza le medesime precauzioni, quando un'attrice professionista, in occasione della realizzazione di film pornografici, deve firmare permessi scritti di ogni sorta.

Un ultimo indizio circa la bontà dell'interpretazione proposta è che non sortirebbe effetti “pan-penalistici” nei confronti dei c.d. “secondi distributori”, coloro che, come detto, ridistribuiscono un'immagine già divulgata non consensualmente capillarizzandone la diffusione. Fermo quanto meglio specificato nel paragrafo che segue, tali soggetti sembrano protetti, qualora si limitino ad una mera ridiffusione, dalla previsione nel secondo comma dell'art. 612-ter c.p. del dolo specifico di arrecare nocumento alla persona offesa.

In conclusione, dunque, qualora il divulgatore originario abbia agito perché convinto che il solo fatto di aver ricevuto un “*sexting*” lo autorizzasse a condividerlo, o abbia realizzato la condotta credendo di esservi autorizzato sulla base dell'assenza di indicazioni espresse di segno contrario, sembra configurarsi un errore di diritto ai sensi dell'art. 5 c.p. e, pertanto, di regola irrilevante. Laddove, in casi eccezionali, la convinzione di poter divulgare le immagini poggia su indicazioni fuorvianti che emergano dal caso concreto — non si nega che anche la casistica di pornografia non consensuale presenti una propria “zona grigia” non solo in relazione alla destinazione privata delle immagini, ma anche relativamente al consenso alla distribuzione —, si potrà invece ragionare della mancata sussistenza del dolo ¹⁰⁴.

2079

immagini a conservarle private. Sul punto, parte della dottrina americana ha argomentato, nella prospettiva di dimostrare una frizione tra l'incriminazione del “*revenge porn*” ed il primo emendamento, che si tratterebbe di un discorso vero e rispetto al quale si possono ipotizzare soggetti che avrebbero interesse e diritto a conoscerlo come, per esempio, il datore di lavoro della vittima, o i genitori di un minore (cfr. J.A. HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, in *Pace Law Review*, 2014-2015, 248 ss.). Per un approfondimento sulle resistenze della cultura giuridica americana all'incriminazione della pornografia non consensuale sulla base del primo emendamento, sia consentito fare nuovamente riferimento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., 90 ss.

¹⁰⁴ Sembra tuttavia più probabile che equivoci possano verificarsi in relazione alla destinazione privata delle immagini, ancor più che sulla non consensualità (v. *infra*, § 8).

10. *I “secondi distributori”: modelli di responsabilità e soluzioni in prospettiva comparata.* — In una precedente riflessione sull’opportunità di criminalizzare il “*revenge porn*”, si era individuata nella disciplina della responsabilità dei c.d. “secondi distributori” la questione più problematica da affrontare in sede legislativa¹⁰⁵. Si tratta di quei soggetti che, a seguito della prima “*disclosure*” delle immagini che solitamente avviene per mano dell’*ex*, contribuiscono a renderle “virali” diffondendole secondo varie modalità. La categoria è estremamente eterogenea: ne può far parte chi si limita ad inoltrare un’immagine, come chi arricchisce il proprio contributo con insulti e minacce o chi, a distanza di anni, dopo che la vittima ha faticosamente ottenuto la cancellazione delle proprie immagini dalle principali piattaforme, ricomincia la loro distribuzione¹⁰⁶.

Il problema è ineludibile: se si tipizzano una o più condotte di diffusione di immagini sessualmente esplicite senza il consenso della persona ritratta, non può farsi a meno di riconoscere che, astrattamente, anche l’azione del “secondo distributore” ricade all’interno del tipo legale.

2080

Uno sguardo in chiave comparata alle soluzioni adottate dagli ordinamenti che hanno criminalizzato in via specifica la pornografia non consensuale denota una sostanziale diversità di approcci.

La soluzione legislativa più comune è quella di non operare distinzioni sul piano della fattispecie incriminatrice, rimettendo all’accertamento dell’elemento soggettivo, in particolare in punto di conoscenza dell’assenza di consenso della vittima alla circolazione delle proprie immagini, la funzione di selezionare i casi penalmente rilevanti. In effetti, nella maggior parte delle ipotesi si potrà escludere la configurabilità del reato sulla base dell’ignoranza, da parte dell’autore della seconda diffusione, della non consensualità della primigenia divulgazione del video o, quantomeno, sulla base della difficoltà di provarne la consapevolezza. A differenza del “distributore originario”, chi riceve un’immagine pornografica da altri, o la trova su un sito *Internet*, può sinceramente convincersi si tratti di professionisti o che le persone rappresentate abbiano

¹⁰⁵ Cfr. G.M. CALETTI, “*Revenge porn*” e tutela penale, cit., 91; anche per l’uso dell’espressione “secondi distributori”.

¹⁰⁶ Un’ampia casistica è descritta nel volume di D.K. CITRON, *Hate Crimes*, cit. Molto spesso, infatti, colui che ridiffonde immagini pornografiche è un “*hater*” a tutto tondo, che perseguita la vittima con reiterate condotte.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

deciso intenzionalmente di realizzare materiali pornografici amatoriali e divulgarli.

Nondimeno, non sembra impossibile ipotizzare casi nei quali la consapevolezza della non consensualità della divulgazione delle immagini emerga in modo dimostrabile per decine o centinaia di persone. Si pensi, ad esempio, ad un “gruppo” chiuso su una piattaforma *social* (*Facebook*) o di messaggistica istantanea (*Telegram*, *Whatsapp*), nel quale centinaia di partecipanti uomini scambiano regolarmente immagini e video delle proprie compagne, ignare della condivisione se non anche della stessa realizzazione delle immagini¹⁰⁷. Tutti sono consapevoli del fatto che i contenuti del gruppo sono caricati senza il permesso delle donne, non solo perché si tratta della regola fondante del gruppo, ma anche perché la non consensualità viene ribadita in ogni *post* pubblicato, attraverso insulti ed apprezzamenti, e tutti gli iscritti istigano gli altri a caricare nuovi materiali. Qualora, per ipotesi, taluni partecipanti del gruppo condividano in altra sede — su un sito pornografico dedicato al “*revenge porn*”, o su un altro gruppo dello stesso genere — le immagini, magari pure specificando che si tratta di immagini autenticamente “sottratte” all’intimità della donna raffigurata, invocare la mancata conoscenza di uno degli elementi della fattispecie — l’assenza di consenso — appare certamente più problematico¹⁰⁸.

2081

Per evitare uno scenario di incertezza, che lasci aperta la possibilità, per quanto remota, di “maxi-processi” a sfondo pornografico, altri ordinamenti hanno adottato soluzioni più trancianti.

Rimanendo sul versante dell’elemento soggettivo, diverse giurisdizioni angloamericane, come California ed Inghilterra, hanno configurato un reato a dolo specifico, condizionando la punibilità alla sussistenza della finalità dell’autore del reato di cagionare un forte *stress* alla vittima¹⁰⁹. In queste esperienze, però, tale restrizione ha finito per limitare moltissimo il raggio applicativo delle nuove norme, lasciando

¹⁰⁷ Il caso proposto è ispirato a fatti di cronaca ed al già citato studio delle sociologhe L. BAINOTTI, S. SEMENZIN, *The use of Telegram*, cit., che sono riuscite ad infiltrarsi in una *chat Telegram* dal titolo “donne tutte puttane”, nella quale venivano scambiati materiali grosso-modo secondo le modalità descritte.

¹⁰⁸ Tanto più alla luce della menzionata imputabilità dell’assenza di consenso a titolo di dolo eventuale.

¹⁰⁹ In particolare sulla legge californiana, A. VINING, *No means no: An argument for the expansion of rape shield laws to cases of nonconsensual pornography*, in *William Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, 2019, 303 ss.

prive di tutela molteplici situazioni meritevoli. Come si è esaminato, infatti, da un punto di vista criminologico, la volontà di causare *stress* o altre forme di nocimento alla vittima è solo una delle tante finalità che possono indurre l'agente alla divulgazione delle immagini, persino nei casi in cui la condotta origini da una relazione sentimentale (v. *infra*, § 2).

La legge spagnola, in modo inedito, esclude già sul piano della tipicità che i secondi diffusori possano essere chiamati a rispondere dell'illecito. Secondo la formulazione del paragrafo 7 dell'art. 197 del *Código penal*, infatti, il reato si configura quando chi diffonde, rivela o cede, senza il consenso della persona raffigurata, immagini, riprese audio o video li ha ottenuti con il suo *benplacito* (« *obtenido con su anuencia* »)¹¹⁰, mentre il secondo distributore è tale proprio perché ha ottenuto l'immagine a seguito della prima diffusione non consensuale, senza il benessere della persona offesa.

Si tratta senza dubbio di un approccio che risolve il problema alla radice e ha anche il pregio di non restringere, come avviene invece quando si adotta il dolo specifico, l'area della punibilità anche per il distributore originario. Al contempo, occorre evidenziare che l'impostazione spagnola può finire per escludere la rilevanza penale anche di condotte particolarmente lesive da parte di secondi diffusori. Se ne offrirà qualche esemplificazione tra poco.

A fronte di questi tre scenari già esplorati da altre normative, il nostro legislatore ha inizialmente virato verso una quarta possibilità, agli antipodi della soluzione spagnola, ovvero la criminalizzazione espressa del secondo diffusore. Al comma 2 del testo di legge inizialmente proposto con l'emendamento n. 1.107, la stessa pena del primo diffusore veniva estesa a « *chiunque, in qualsiasi modo venuto in possesso delle immagini o dei video di cui al primo comma, contribuisce alla loro ulteriore divulgazione o non la impedisce* »¹¹¹.

Si trattava di una norma dalla forte propensione "simbolica", in grado di dare luogo ad esiti evidentemente irragionevoli, come, solo per

¹¹⁰ Sulla fattispecie spagnola, A. COLAS TUREGANO, *Nuevas Conductas Contra la Intimidación* (arts. 197; 197 bis; 197 ter), in J.L. GONZALES CUSAC (a cura di), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 663 ss.

¹¹¹ Non sono mancate, anche nella dottrina di lingua inglese, prese di posizione in favore della criminalizzazione dei "secondi distributori". Si vedano in particolare C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image based sexual abuse*, cit., 538.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

citarne alcuni, procedimenti penali con migliaia di accusati, o l'astratta equiparazione sanzionatoria tra situazioni estremamente diverse ¹¹².

11. (segue): *L'“eterogenesi dei fini” del secondo comma: l'involontaria trasfigurazione della fattispecie base in un reato a dolo specifico.* — La soluzione poi attuata dal legislatore non è riconducibile a nessuno dei quattro paradigmi appena illustrati. L'art. 612-ter c.p., come già accennato, distingue l'ipotesi della prima divulgazione da quella della ridiffusione, dedicandovi commi diversi. La linea di discriminazione è disegnata sulla modalità con la quale il soggetto agente è entrato in possesso delle immagini. Qualora le abbia « ricevute » o le abbia conseguite in qualsiasi altro modo che non sia la realizzazione o la sottrazione (casi coperti dal primo comma), viene richiesto il dolo specifico di arrecare nocumento alla persona ritratta.

Prima facie, sembrerebbe trattarsi di un punto di approdo estremamente equilibrato. Il soggetto che distribuisce per primo le immagini (comma 1) risulta punibile qualunque sia la motivazione che lo spinge a farlo. Il secondo distributore (comma 2) commette il reato soltanto se mosso dal desiderio di recare nocumento alla persona raffigurata nelle immagini. Il dolo specifico dovrebbe così consentire di selezionare condotte di seconda distribuzione particolarmente gravi, che, nonostante l'immagine sia già di dominio pubblico, siano idonee ad approfondire la sofferenza della persona offesa.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ad un individuo che rinvenga su dei portali pornografici un video relativo ad una propria conoscente e decida, per umiliarla, di condividerlo sui profili *social* della donna, in modo tale che tutte le persone che la conoscono possano visionarlo. O si consideri, ancora, la condotta di colui che, a distanza di anni dalla prima diffusione, e dopo che la vittima è riuscita faticosamente a “ripulire” il *web* dalle proprie immagini, magari in concomitanza con un'evoluzione importante nella sua vita personale o professionale, ridiffonde le immagini, innescando nuovamente il turbinio della viralità ¹¹³.

¹¹² Per non parlare delle perplessità sollevate dal riferimento al mancato impedimento della condotta, probabilmente pensato per gli *ISP* (*Internet Service Provider*) ma ricollegabile anche alle persone fisiche, che avrebbe imposto di interrogarsi sulla responsabilità penale anche di chi sia solo parte di una *chat* di messaggistica nella quale, occasionalmente, circolino immagini sessualmente esplicite.

¹¹³ Qualcosa del genere, come detto, potrebbe essere accaduto nel caso della parlamentare Giulia Sarti.

Il dolo specifico, peraltro, sembrerebbe precludere per il “secondo distributore” l’imputazione a titolo di dolo eventuale dell’elemento della non consensualità della divulgazione, atteso lo stretto collegamento che intercorre tra lo stesso e la finalità di arrecare nocumento: se la divulgazione è consensuale, evidentemente, come si dice nella dottrina inglese, « *no harm arises* »¹¹⁴.

Tuttavia, ad uno sguardo più attento, il secondo comma dell’art. 612-ter c.p. rappresenta la principale debolezza dell’incriminazione italiana della pornografia non consensuale.

Nell’elencazione dei presupposti della condotta, il legislatore non ha specificato il mittente da cui l’immagine viene ricevuta, che potrebbe dunque essere anche la persona ritratta nell’immagine, non solo il primo o un (altro) secondo distributore.

Compilando la norma, non si è tenuto conto che circa l’80% dei casi di “*revenge porn*” registrati negli Stati Uniti avviene in relazione ad immagini autoprodotte dalla vittima (c.d. “*selftaken*”) e poi inviate al *partner*, secondo le già descritte dinamiche del “*sexting*”¹¹⁵. In sostanza, quindi, il reato di « diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti » rischia di trasfigurare, nell’80% dei casi, in una fattispecie a dolo specifico.

Si tratta esattamente dello scenario che sarebbe stato bene evitare, secondo una delle rare indicazioni univoche su come formulare il reato emerse dalla criminalizzazione internazionale¹¹⁶. Si è già ricordato che, se è vero che il “*revenge porn*” in senso stretto implica una finalità vendicativa di arrecare danno alla vittima, gli studi angloamericani dimostrano come tante altre ipotesi di pornografia non consensuale, per le quali impropriamente il linguaggio mediatico scomoda il neologismo “*revenge porn*”, si verifichino sulla base di finalità molto diverse dalla vendetta¹¹⁷.

¹¹⁴ Così C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image based sexual abuse*, cit., 542. Autorevole dottrina, infatti, ritiene possibile la convivenza delle due modalità del dolo, eventuale e specifico, solo allorché il primo riguardi gli elementi del fatto ad esso estranei, estranei cioè a quell’elemento specializzante oggetto proprio del dolo specifico così come evidenziato nella norma (cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale, Art. 1-84*, Milano, 2004, 441 ss.). Nel caso in esame, pur essendo la non consensualità e la finalità di arrecare nocumento elementi diversi, quest’ultima presuppone la prima.

¹¹⁵ Si tratta di un dato condiviso da diversi Autori. Cfr. C. BARMORE, *Criminalization in Context*, cit., 467; M. HALL, J. HEARN, *op. cit.*, 27.

¹¹⁶ Per tutti, A.M. FRANKS, “*Revenge Porn*” *reform*, cit., 1287.

¹¹⁷ Oltre ai riferimenti bibliografici contenuti nel § 2, sembrano emblematici i risultati di un recente sondaggio condotto dal centro di studi *Cyber Civil Rights Initiative*, fondato da due

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

Fatta eccezione per le ipotesi più eclatanti, come quella di un *ex partner* che carica immagini su centinaia di siti pornografici unitamente ad indirizzo ed altri dati sensibili, o di chi invia foto per *e-mail* a tutti i colleghi della vittima, sarà di regola molto complesso provare l'intento di arrecare nocumento. Come si è già sottolineato, per garantire un'ampissima diffusione di immagini pornografiche, del resto, non occorre impegnarsi con chissà quali condotte, ma è sufficiente rilasciarle ed aspettare che la rete faccia il suo corso.

Viene a crearsi, peraltro, una evidente ed irragionevole disparità di trattamento tra colui che ha realizzato le immagini di concerto con la persona offesa (1 comma) e chi invece le abbia ricevute (2 comma), magari dopo averle insistentemente richieste¹¹⁸. Il primo sarà punibile qualunque fosse la sua finalità, mentre il secondo soltanto se l'accusa riuscirà a dimostrare il fine di recare nocumento¹¹⁹. In definitiva, il diverso regime da applicare viene individuato sulla base di chi ha premuto il bottone per avviare la registrazione o scattare la fotografia.

Sembra anche il caso di sottolineare la scarsa determinatezza del concetto di "nocumento"¹²⁰, che potrebbe prestarsi ad interpretazioni

2085

Scholar americane particolarmente attive sul tema della pornografia non consensuale, A.M. Franks e D.K. Citron, dal quale emerge che il 79% degli intervistati ha dichiarato di non avere alcuna intenzione di ferire la vittima al momento della condivisione. Il sondaggio è reperibile sul sito del centro, www.cybercivilrights.org.

¹¹⁸ Tanti adolescenti, e nella specie ragazze, si sono trovati nel mezzo di due spinte contrapposte, da un lato quella dei coetanei, per cui, spesso, la creazione, l'invio e la fruizione comune di immagini pornografiche di coppia sono una normale estrinsecazione della sessualità, se non un atteggiamento culturalmente dominante; dall'altro, il rimprovero della morale codificata. In Australia questa contrapposizione è stata riassunta con l'espressione "*damned if you do, damned if don't*", citata nell'inchiesta sul "*sexting*" del Parlamento del Victoria, cfr. *Law Reform Group, Inquiry into sexting (Parliament of Victoria)*. In argomento anche A. VERZA, *Sulla struttura speculare*, cit., 5.

¹¹⁹ Viste le modalità di approvazione del nuovo reato, sembra che tale disparità sia dovuta soprattutto alla scarsa riflessione sulla formulazione dell'art. 612-ter. c.p. Tuttavia, permane il dubbio che il trattamento differenziato possa essere influenzato da considerazioni di "*victim blaming*", come già detto, attirate dal fenomeno del "*sexting*".

Un'altra situazione che può sollevare delle difficoltà è quella di colui che si appropri momentaneamente del telefono altrui, si invii un'immagine sessualmente esplicita al proprio numero, e successivamente divulghi l'immagine. In questo caso, sarà assai difficile provare la "sottrazione" primo comma, quando i dati di fatto lasciano intendere una ricezione e quindi conducono all'applicazione del dolo specifico.

¹²⁰ Il concetto appare ancor meno determinato del "*distress*" positivizzato nelle leggi inglese e californiana. Alcune normative americane, tra cui Arizona e Vermont, hanno dovuto affrontare scrutini di costituzionalità a causa della previsione di elementi di tale "*vagueness*". Cfr. A.M. FRANKS, "*Revenge Porn*" reform, cit., 1329 ss.

correttive ed estensive da parte della giurisprudenza¹²¹. Il pericolo, in questa prospettiva, è che un accertamento poco selettivo del dolo specifico riapra la questione della punibilità dei secondi distributori, affidata interamente alla finalità di arrecare nocumento.

Si è passati, dunque, da una norma esemplare, che mirava a punire addirittura chi non impediva la diffusione ulteriore delle immagini pornografiche, al modello più restrittivo possibile. Poco importa la probabile “eterogenesi dei fini” che si cela dietro questo abbaglio redazionale. Ciò che conta è che l’art. 612-ter c.p. entra a pieno titolo nel ristretto novero delle « *swiss cheese of revenge porn laws* »¹²².

12. *Il trattamento sanzionatorio e il sistema delle circostanze aggravanti. I segni più evidenti del populismo penale sull’art. 612-ter c.p.* — Le criticità della nuova incriminazione non si esauriscono al secondo comma, ma si estendono anche al piano sanzionatorio; non solo in relazione all’elevato massimo edittale, segno ormai costante dell’attuale stagione politico-criminale, ma anche con riguardo al sistema delle circostanze. Esse sembrano acriticamente mutate dal precedente art. 612-bis, senza che siano state prese in considerazione e valorizzate le sostanziali differenze che intercorrono, sul piano criminologico, tra “*stalking*” e “*revenge porn*”¹²³.

Il terzo comma prevede due distinte aggravanti. La prima è costituita dal rapporto sentimentale che, pregresso o sussistente all’epoca del fatto, legava l’autore del reato e la persona offesa. In effetti, le ipotesi di “*revenge porn*” in senso stretto, nelle quali l’autore del reato è l’*ex partner*, possono assumere un maggior disvalore in quanto, il più delle volte riconducibili alla violenza di genere.

Senza’altro più problematica è l’aggravante connessa all’utilizzo di « strumenti informatici o telematici ». A differenza degli atti persecutori,

¹²¹ Peraltro, nella giurisprudenza relativa all’art. 167 del Dlgs. 196/2003 si è consolidata l’interpretazione del nocumento anche quale propalazione di informazioni relative alla vita sessuale del partner (v. Cass. pen., Sez. III, 7.2.17, n. 28280). È evidente che, nella prospettiva della nuova incriminazione, la riproposizione di una simile interpretazione avrebbe effetti “tautologici”.

¹²² Per la definizione v. C. BARMORE, *Criminalization in Context*, cit., 451. Nel mondo angloamericano, alcune leggi sono state sarcasticamente definite in questo modo per il parallelo tra la loro ineffettività e la forma bucata per la quale è noto il formaggio svizzero.

¹²³ Le medesime aggravanti, peraltro, destavano perplessità sotto diversi profili già in relazione alla fattispecie di atti persecutori. Al riguardo, A.M. MAUGERI, *Lo Stalking*, cit., 219 ss.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

che possono prescindere da tali strumenti, la carica offensiva della pornografia non consensuale si fonda in gran parte proprio sull'uso delle tecnologie digitali, che lo rendono al contempo estremamente semplice da realizzare e devastante nelle conseguenze. È vero che possono darsi sporadici casi di divulgazione delle immagini che non passano attraverso Internet o mediante strumenti informatici, ma è statisticamente di gran lunga più probabile la contestazione della fattispecie aggravata che di quella base.

In un'ipotesi *standard* di “*revenge porn*” in senso stretto, quindi, la pena sarà già in partenza fatalmente destinata ad essere aggravata da ben due circostanze ad effetto comune. L'opzione legislativa pare legittima — in fondo, in entrambi i casi pare esservi una maggiore offensività —, tuttavia, non sembra essere stata intrapresa con la consapevolezza che ciò che nello *stalking* è *eventuale*, nella pornografia non consensuale costituisce *la regola*.

La conferma indiretta arriva proprio dal comma successivo, che fa riferimento a situazioni che con la pornografia non consensuale hanno davvero poco a che vedere. Se è agevole comprendere quali motivazioni abbiano indotto il legislatore a ritenere meritevoli di una pena più severa gli atti persecutori realizzati a danno di una donna in stato di gravidanza, non può dirsi lo stesso per la pornografia non consensuale. A tacer d'altro, non è così chiaro se lo stato interessante debba sussistere al momento della creazione dei materiali intimi o, come sembra più plausibile, in occasione della condivisione degli stessi, in modo da arrecare *stress* alla donna. Relativamente a questa seconda ipotesi, potremmo ipotizzare un paradossale scenario nel quale, dopo la rottura della relazione, l'uomo decida di vendicarsi della propria *ex* con la *disclosure* delle sue immagini più intime proprio nel momento in cui sta per dare alla luce il figlio concepito durante la loro storia. Perplessità tuttavia sorgono anche in relazione all'imputazione soggettiva della circostanza: mentre nello *stalking* l'interazione con la vittima fa sì che l'agente possa, nella gran parte dei casi, rendersi conto della gravidanza, la vendetta pornografica può consumarsi anche a distanza di tempo, quando è plausibile che l'agente non sia a conoscenza delle condizioni della vittima.

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 ». Gli

studi sviluppati nella più ampia cornice del “sexting” e del “cyberbullismo” segnalano la maggiore esposizione di tali soggetti al rischio di lasciarsi convincere a creare materiali intimi e ad inviarli ad estranei appena conosciuti in rete ¹²⁴.

La simmetria con le aggravanti previste dall’art. 612-*bis* si interrompe bruscamente quando si constata l’assenza della previsione che, forse più di ogni altra, avrebbe avuto senso replicare nella nuova disposizione: l’aggravio della pena nel caso in cui ad essere ritratto nelle immagini sia un minore. È ipotizzabile che, in relazione a tali ipotesi, il legislatore abbia ritenuto la normativa di contrasto alla pedopornografia sufficiente per tutelare gli adolescenti, la categoria forse più esposta al “revenge porn”. In proposito pare indiziante la clausola di sussidiarietà espressa con la quale si apre l’art. 612-*ter* c.p., attese le evidenti aree di sovrapposizione tra le condotte in esame e quelle tipizzate all’art. 600-*ter*, comma tre, c.p. Tuttavia, non solo la recente giurisprudenza della Cassazione in tema di “sexting” ha più volte revocato in dubbio l’applicabilità delle fattispecie di pornografia minorile qualora le immagini siano autoprodotte dal minore, ma, va pure evidenziato come la pena massima prevista dall’art. 600-*ter*, comma tre, c.p. (cinque anni) sia inferiore a quella prevista dalla disposizione in commento (sei anni), di talché, anche a prescindere dalle recenti incertezze giurisprudenziali, non potrà operare la clausola di sussidiarietà ¹²⁵.

Nella prassi, l’assenza della aggravante potrebbe essere agevolmente colmata in molte occasioni grazie alla possibilità di modulare la pena nell’amplissima cornice edittale. Nondimeno, sia la mancata considerazione dell’instabilità degli orientamenti giurisprudenziali sul “sexting” che l’iniziale « salvo che il fatto costituisca più grave reato » consolidano — una volta di più — l’impressione che l’art. 612-*ter* sia stato scritto molto frettolosamente.

13. *Riflessioni conclusive: il paradosso e le lacune della legge tra Internet Service Providers, minori, sostegno alle vittime, law enforcement ed educazione digitale. L’art. 612-ter c.p. come (mero) punto di partenza?*

¹²⁴ Cfr. nella letteratura di settore R.M. KOWALSKI, A. TOTH, *Cyberbullying among Youth with and without Disabilities*, in *Journal of Child & Adolescent Trauma*, 2018, 7 ss.

¹²⁵ Tenuto in considerazione l’orientamento largamente maggioritario della giurisprudenza di legittimità, per cui, tra diversi delitti, il reato più grave è quello che prevede il più elevato massimo edittale.

LIBERTÀ E RISERVATEZZA SESSUALE ALL'EPOCA DI INTERNET

— Non è chiaro se i disegni di legge pendenti in Senato proseguiranno il loro *iter* parlamentare o se, al contrario, con l'introduzione dell'art. 612-ter c.p. si concluderà la parabola legislativa del “*revenge porn*”.

De jure condito, un aspetto di grande interesse della norma è costituito dalla sua peculiare formulazione in punto di assenza del consenso della persona offesa, che pare dischiudere nuovi orizzonti interpretativi nella direzione del paradigma dell’“*affirmative consent*”.

Tuttavia, dall'analisi complessiva della nuova fattispecie emergono principalmente notevoli criticità a livello applicativo, ascrivibili ad una rinuncia all'esatta messa a fuoco del fenomeno che si intendeva colpire. L'ambiguità terminologica del neologismo inglese, da abbandonare in favore dell'espressione “*pornografia non consensuale*”, si è tradotta in alcuni evidenti difetti di compilazione messi in luce nel corso della trattazione. Tra di essi spicca l'estensione del dolo specifico a gran parte della casistica, che rischia di compromettere l'applicazione della nuova norma e lasciare sprovviste di tutela ipotesi di condivisione di immagini sessualmente esplicite profondamente lesive. Sotto questo profilo non risulta sanato il grave vuoto normativo relativo alla diffusione di immagini provenienti da “*sexting*” minorile, ormai difficilmente inquadrabile nell'alveo della pedopornografia e da ricondurre al secondo comma della nuova incriminazione.

Come si è esaminato, anche il riferimento testuale della privacy delle immagini alla destinazione piuttosto che al loro contenuto sembra escludere dal perimetro della tipicità un'ampia casistica, peraltro spesso difficilmente riconducibile ad altre fattispecie incriminatrici.

Si tratta di esiti paradossali, specie se si considera la severità con la quale il legislatore ha stabilito di punire le condotte tipizzate dall'art. 612-ter c.p: l'approccio populistico con cui è stato affrontato il problema si è risolto nella creazione di una norma di dubbia efficacia, che promette molto — forse troppo: fino a sei anni di reclusione —, ma è destinata a mantenere poco.

Di certo, appare riduttivo pensare di combattere un “*nemico*” così diffuso e pericoloso con le sole “*armi*” del diritto penale, peraltro spuntate, oltre che dalla difficile dimostrazione del dolo specifico dell'agente, anche dalle notevoli insidie probatorie sul piano del versante oggettivo del reato, sulle quali nulla si è fatto. La pornografia non consensuale solleva nuove sfide — la rimozione dei contenuti dalla rete, la ripetuta vittimizzazione della persona offesa, la possibile atterritorialità

della condotta, solo per citarne alcune — rispetto alle quali non è possibile affidarsi soltanto alla deterrenza della pena.

De jure condendo, quindi, è auspicabile che, oltre ad un ripensamento dell'art. 612-ter c.p., un nuovo intervento normativo si occupi delle lacune legislative — allo stato molteplici — nel contrasto al “*revenge porn*”: l'assenza di coordinamento con la recente legge di contrasto al “cyberbullismo”, la mancata definizione del ruolo dei *Providers* nella cancellazione delle immagini dalla rete, la mancata incriminazione del c.d. “*deep-fake*”, sempre più pericoloso (non solo) in ambito pornografico, l'omissione di strategie per “alleggerire” l'ingresso del minore nel circuito penale, l'assenza di una previsione di percorsi di sostegno psicologico per le vittime, la mancata previsione di programmi di educazione digitale.

Anche questa, del resto, costituisce una delle deplorevoli costanti della recente tendenza legislativa: il diritto penale come prima (e unica) *ratio*.