

dis
CRIMEN

RIVISTA

1/2022



DIRETTORE RESPONSABILE

Alessandra Borghini

COMITATO DIRETTIVO

Gian Marco Baccari, Roberto Bartoli, Filippo Bellagamba, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Francesco Cingari, Carlotta Conti, Giovannangelo De Francesco, Cristina de Maglie, Alberto di Martino, Luciano Eusebi, Chiara Fanuele, Paola Felicioni, Giovanni Flora, Benedetta Galgani, Alberto Gargani, Roberto Guerrini, Dario Guidi, Isabella Leoncini, Vincenzo Maiello, Ferrando Mantovani, Gianfranco Martiello, Adriano Martini, Enrico Marzaduri, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta, Gaetana Morgante, Domenico Notaro, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Francesco Palazzo, Caterina Paonessa, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri, Alessandra Sanna, Paolo Tonini, Antonio Vallini

Coordinatore Fausto Giunta

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Enrico Amati, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha), Giuliano Balbi, Fabio Basile, Elio Romano Belfiore, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Universidad de Salamanca), Costanza Bernasconi, Marta Bertolino, Riccardo Borsari, David Brunelli, Marcello Busetto, Alberto Cadoppi, Alberto Camon, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Juan Carlos Carbonell Mateu (Universidad de Valencia), Stefania Carnevale, Fabio Cassibba, Andrea R. Castaldo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa-Gastaldo, Claudia Cesari, Agata Ciavola, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo (Universitat de Barcelona), Luigi Cornacchia, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Gerhard Dannecker (Universität Heidelberg), Giulio De Simone, Giancarlo De Vero, Alberto De Vita, Mariavaleria Del Tufo, Massimo Donini, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, Stefano Fiore, Antonio Fiorella, Luigi Foffani, Desiree Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Alfredo Gaito, Mercedes García Arán (Universitat Autònoma de Barcelona), Nicolás García Rivas (Universidad de Castilla-La Mancha), Giulio Garuti, Gian Luigi Gatta, Ignazio Giacona, Glauco Giostra, José Luis González Cussac (Univesidad de Valencia), Giovanni Grasso, Tommaso Guerini, Clelia Iasevoli, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Alessio Lanzi, Sergio Lorusso, Paola Maggio, Carlos Alberto Mahiques (Argentina), Stefano Manacorda, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Annalisa Mangiaracina, Adelmo Manna, Marco Orlando Mantovani, Luca Marafioti, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Nicola Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Enrico Mezzetti, Vincenzo Militello, Sergio Moccia, Lucio Monaco, Fermín Morales Prats (Universitat Autònoma de Barcelona), Vito Mormando, Francesco Mucciarelli, Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla), Daniele Negri, Pietro Nocita, Carlo Enrico Paliero, Giuseppina Panebianco, Raphaële Parizot (Université Paris Nanterre), Lucia Parlato, Vania Patanè, Paolo Patrono, Pier Paolo Paulesu, Annamaria Peccioli, Marco Pelissero, Francesco Peroni, Lorenzo Picotti, Giorgio Pino, Paolo Pisa, Nicola Pisani, Andrea Porciello, Cornelius Prittwitz (Goethe-Universität, Frankfurt am Main), Andrea Pugiotta, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Gonzalo Quintero Olivares (Universidad Rovira i Virgili, Tarragona), Paolo Renon, Silvio Riondato, Lucia Risicato, Mauro Ronco, Andrea Rossetti, Adolfo Scalfati, Aldo Schiavello, Sergio Seminara, Domenico Siciliano, Jesús-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), Fabrizio Siracusano, Giorgio Spangher, Luigi Stortoni, Kolis Summerer, Giovanni Tarli Barbieri, Valeria Torre, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Paolo Veronesi, John A.E. Vervaele (Universiteit Utrecht), Daniele Vicoli, Luciano Violante, Tiziana Vitarelli, Thomas Weigend (Universität zu Köln), Bettina Weißer (Universität zu Köln), Francesco Zacchè, Roberto Zannotti, Angelo Zappulla

REDAZIONE

Bianca Ballini, Davide Bianchi, Carolina Buzio, Marco Cecchi,

Alessandro Corda, Claudia Larinni, Cecilia Valbonesi

Coordinatore Gherardo Minicucci



Registrazione presso il Tribunale di Pisa
al n. 2209 del 6 dicembre 2018

disCrimen è una rivista scientifica quadrimestrale

ISSN 2704-6338

2022 – Firenze, via B. Varchi n. 56

info.discrimen@gmail.com

CRITERI DI CITAZIONE

Per la citazione dei contributi pubblicati nei fascicoli di *disCrimen* si propone il seguente modello:

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *disCrimen*, 1/2019, xxx ss.

CRITERI DI PUBBLICAZIONE

Al fine di assicurarne la qualità scientifica, la pubblicazione degli scritti destinati a *disCrimen* è subordinata alla previa positiva valutazione di un revisore, del quale è garantito l'anonimato, individuato tra i membri del Comitato Scientifico, che può subordinare il proprio giudizio a interventi correttivi e migliorativi. Nella procedura di revisione è garantito altresì l'anonimato dell'autore del contributo oggetto di valutazione (c.d. procedura in "doppio cieco"). Nel caso di parere negativo, il Coordinatore del Comitato Direttivo può richiedere una nuova valutazione, sempre in forma anonima, a un diverso membro del Comitato scientifico, il cui giudizio diventerà vincolante ai fini della pubblicazione. Sono esentati dalla procedura di revisione i contributi raccolti nelle sezioni Opinioni, Focus, Recensioni e Varietà. Fatto salvo quanto appena precisato, il Coordinatore del Comitato Direttivo, acquisito il parere favorevole di almeno un altro componente del Comitato, può esentare dalla procedura di *peer review* gli scritti di carattere non scientifico, le relazioni a convegni scientifici, gli scritti già pubblicati o in corso di pubblicazione in testi o riviste scientifiche, gli scritti di studiosi di chiara fama.



dis
CRIMEN

Fascicolo 1/2022

Indice dei contenuti

Articoli

C. CUPELLI, <i>La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 5490-sexies c.p.</i>	3
F. DI VIZIO, <i>Moderni abusivismi e criptovalute</i>	21
T. GUERINI, <i>L'ontologica ambiguità delle interdittive antimafia, tra reati associativi, criminalità organizzata e Costituzione</i>	75
G. MARTIELLO, <i>La tutela penale dei dati personali: un'introduzione agli artt. 167, 167-bis e 167-ter del c.d. «codice della privacy»</i>	87
D. MICHELETTI, <i>Lo scudo penale a favore dei vaccinatori nel quadro delle norme dichiarative di atipicità</i>	103
M. ROMAGNOLI, <i>Diritto penale e Unione europea: "The Dark Side of The Moon". Le esigenze essenziali e logiche del primato, i limiti dei controlimiti e l'inerzia del legislatore nazionale</i>	113
M.G. RUTIGLIANO, <i>La prescrizione dei reati abituali con particolare riferimento allo ius superveniens sfavorevole</i>	163
C. VALBONESI, <i>La regola cautelare nell'era del rischio: note a margine della sentenza per il disastro ferroviario di Viareggio</i>	177

Focus

- G. CHECCACCI, L. PONZONI, *Fattispecie “riciclatorie” e modelli “231”. Tra massimalismo e minimalismo preventivo* 211
- N. DECORATO, *L’impedimento del controllo ambientale: alla ricerca del tipo* 223
- F. FEBBO, *Lo «scudo penale sanitario» ad un anno dalla sua entrata in vigore: lockdown della responsabilità o valium legislativo?* 235
- D. MICHELETTI, *L’interservio publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn* 241

Opinioni

- G. FLORA, *L’“immunità” penale per la somministrazione del vaccino anti Covid-19: una inutile norma necessaria?* 251

Recensioni

- E. AMODIO, *Il giustizialismo da Mani pulite alla svolta populista. Note su un libro recente* 259
- G. FLORA, *A verbis sempre più apertis: a proposito del “Devoto della giustizia penale” di Lorenzo Zilletti* 267
- T. GUERINI, *Piccole glosse a Francesco Petrelli, “Critica della retorica giustizialista”, Giuffrè, Milano, 2022* 271

dis
CRIMEN
articoli

L'INTERVERSIO PUBLICATIONIS QUALE ELEMENTO COSTITUTIVO DELLA FATTISPECIE DI *REVENGE PORN*

DARIO MICHELETTI *

THE *INTERVERSIO PUBLICATIONIS* AS A CONSTITUTIVE ELEMENT
IN REGARD TO REVENGE PORN

KEYWORDS *Revenge porn* – Video of sexual acts in public restroom – Diffusion – Non punibility

1. Nel lento, osteggiato percorso verso il ripristino del principio di legalità penale¹, s'impone un passaggio in più rispetto alla pur preziosa restaurazione del divieto di analogia². La legalità penale va difesa, infatti, non solo dalle sue indebite dilatazioni, ma ancor più dalle sue esiziali svalutazioni, che inducono gli interpreti, togati e non, a depotenziare la doverosa selettività del linguaggio precettivo quale prima fondamentale condizione di frammentarietà dell'area di rilevanza penale.

«*Il testo può essere tradito* – come si è cercato altrove di argomentare – *non solo quando lo si applica oltre il suo significato semantico, o lo si corregge, ma anche quando lo si amputa, conferendogli così una portata applicativa diversa da quella che avrebbe ove fosse inteso nella sua completezza*»³. Anzi, in termini statistici, è soprattutto l'*interpretatio abrogans in malam partem* l'espedito più ricorrente nella giurisprudenza propensa a deformare la portata applicativa di un precetto penale⁴,

* Professore associato di diritto penale nell'Università di Siena

¹ Sulle principali tappe di questo percorso "legittimista" nella giurisprudenza costituzionale cfr. V. MAIELLO, *Intervento al Convegno "Date al testo quel che è del testo". A proposito della sentenza della Corte costituzionale 98/2021*, 25 giugno 2021, riascoltabile alla Sezione Multimedia di *disCrimen.it*.

² Il riferimento è, come intuibile, a Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, da cui prende spunto il lavoro di A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta online*, 2021, 881 ss.

³ Cfr. D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 179. Analogamente G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, parte II, 80), per il quale, stante l'art. 101 Cost., «*si deve negare al giudice un potere di disapplicazione o di interpretatio abrogans della legge, quanto una sua forzatura in chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica e sistematica delle disposizioni*».

⁴ Per una esemplificazione giurisprudenziale delle varie tecniche di *interpretatio abrogans in malam partem* si rinvia nuovamente a D. MICHELETTI, *op. cit.*, 178 ss.

forse perché si tratta di una tecnica meno plateale, ma parimenti esiziale dell'analogia.

Non diversamente da quest'ultima, anche l'*interpretatio abrogans* si prefigge infatti di colmare un supposto vuoto di tutela quale specchio dei desiderata dell'interprete. Vi si rimedia, tuttavia, non già oltrepassando *ogni possibile significato letterale* della disposizione⁵, ma attribuendo alle componenti lessicali del precetto un significato, magari conforme all'idioma dei parlanti, e non di meno completamente sterile in quanto privo di autonoma portata normativa. Per questo l'*interpretatio abrogans* non può essere colta in termini lessicali ma richiede una valutazione relazionale e fattuale⁶. La si riconosce infatti ogni qual volta l'interpretazione di una disposizione, o di una sua parte, non aggiunge nulla rispetto a quanto si desume dal restante quadro normativo, talché la presenza di quell'unità precettiva si rivela del tutto inutile, inefficace, nulla, o così asfittica da svilirne la portata selettiva⁷.

Il risultato, comunque sia, è un'interpretazione nullificante, tale cioè da rendere sostanzialmente inesistente una disposizione (o una parte di essa) pur validamente presente nell'ordinamento⁸. Per questo pare riduttivo considerare

⁵ Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, § 2.4.

⁶ In argomento G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 305, che in termini critici, considera l'*interpretatio abrogans* l'esatto opposto dell'interpretazione creatrice; nonché più di recente P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 135 s.

⁷ In altra sede (D. MICHELETTI, *Jus contra lex*, cit., 179) si è incluso nell'*interpretatio abrogans* anche l'interpretazione così anodina da rendere una norma o una disposizione o un suo frammento privo di concreta capacità selettiva: si pensi al caso del fine di profitto inteso come qualunque vantaggio anche di carattere morale: v. per esempio Cass. pen., sez. II, 16 aprile 2019, n. 23177, Rv. 276104, secondo la quale «*nel delitto di rapina, l'ingiusto profitto non deve necessariamente concretarsi in un'utilità materiale, potendo consistere anche in un vantaggio di natura morale o sentimentale che l'agente si riproponga di conseguire, sia pure in via mediata, dalla condotta di sottrazione ed impossessamento, con violenza o minaccia, della cosa mobile altrui. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che integrasse il dolo specifico del reato il fine perseguito dall'imputato di indurre la ex fidanzata, mediante la sottrazione violenta della borsa, a riprendere la cessata relazione di convivenza)*». Analogamente da ultimo Cass. pen., sez. II., 15 ottobre 2021, n. 45557, in *Diritto&Giustizia* 13 dicembre 2021. Non mancano tuttavia sentenze di segno contrario giustificate proprio dalla necessità di evitare una interpretazione abrogatrice di tale elemento: si veda – ancorché, guardacaso, non massimata – Cass. sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, che ha escluso il dolo di profitto del furto nella sottrazione della borsa attuata col il fine di assicurarsi che la proprietaria non si allontanasse: una soluzione motivata anche dal fatto che «*che un'eccessiva espansione della nozione di profitto, estesa fino a raggiungere qualsiasi utilità soggettivamente ritenuta apprezzabile, arrivando ad identificare lo scopo di lucro previsto nella fattispecie astratta con la generica volontà di tenere per sé la cosa, può comportare, in definitiva, l'annullamento della previsione normativa, che implica la necessità del dolo specifico*».

⁸ V. di recente il suggestivo *colloquium* tenuto l'11 novembre 2021 da D. CANALE, *Il caso Glenn Gould. L'interpretazione abrogatrice tra musica e diritto*, presso l'Aula Magna della Scuola Superiore di Catania, riascoltabile <https://www.youtube.com/watch?v=7JUNfbNZWCM>.

l'*interpretatio abrogans* solo una violazione del principio di conservazione degli atti giuridici quale canone ermeneutico di portata generale⁹. In realtà, l'*interpretatio abrogans* sottende una duplice trasgressione del principio di legalità e dell'art. 101 Cost., nella misura in cui il giudice, oltre a tradire le regole interpretative previste dall'art. 12 disp. prel., finisce per usurpare le prerogative del legislatore cui solo compete il potere di cancellare le norme.

2. Alla luce di questa breve premessa, pieno apprezzamento merita allora la sentenza oggetto del presente commento¹⁰, nella quale il Giudice offre un'altissima prova del proprio ruolo e del doveroso «*ossequio ai principi di legalità e tassatività*» che ne devono guidare l'operato. Il risultato è una pronuncia assolutoria fondata sull'esplicito rifiuto di un'interpretazione abrogatrice di un frammento della disposizione incriminatrice prevista dell'art. 612-ter c.p., rubricato *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, ma parimenti nota come *Revenge porn*. L'esito è tanto più apprezzabile ove si consideri che il Giudice non sminuisce il carattere «*ampiamente censurabile*» della condotta posta in essere dagli imputati, ritenendo tuttavia che l'ipotetica lacuna punitiva potrebbe essere colmata in futuro solo da un intervento del «*Legislatore [maiuscolo in originale] ampliando la sfera di penale rilevanza*»¹¹. Una sensibilità questa ancor più commendevole ove la si raffronti con quella espressa dalla dottrina corrente – spesso dimentica della propria funzione di garanzia che la erigerebbe a sentinella della legalità penale – la quale tende ad assumere un atteggiamento opposto a quello percorso dalla sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, ingegnandosi nel camuffare un'*interpretatio abrogans* al deliberato fine di sopperire a supposte asimmetrie punitive.

Un rapido esame della pronuncia chiarirà agevolmente le diverse impostazioni.

Oggetto del giudizio è la condotta dei due imputati che utilizzando uno smartphone hanno dapprima formato e poi diffuso il video di un rapporto sessuale consumato da una coppia di fidanzati nella toilette maschile di una discoteca. Attirati dai gemiti che provenivano dall'interno, uno degli astanti, allungando il

⁹ Cfr. in tal senso C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, 173 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. X, 1962, 528 ss.

¹⁰ Trib. Reggio Emilia, 22 novembre 2021, n. 528 (dott. D. De Luca).

¹¹ Una constatazione questa che in taluni ordinamenti – come quello spagnolo – consentirebbe al giudice di segnalare al Governo la lacuna punitiva esponendo le ragioni per cui quel fatto dovrebbe essere oggetto di sanzione penale: così l'art. 4, comma 2, c.p. spagnolo.

braccio al di sopra del muro divisorio del bagno con in mano il telefono dell'altro, riusciva a riprendere la scena che poi inoltrava al proprio smartphone e da qui al gruppo WhatsApp della propria squadra di basket. Il fatto sarebbe rimasto nell'aneddotica di pochi amici se non fosse che la notorietà delle persone riprese, e per questo riconosciute anche all'uscita del bagno, creò un certo clamore cittadino amplificato dalla ulteriore diffusione del video.

In relazione a questi fatti, duplice la contestazione rivolta agli autori del video.

La prima, concernente la fase di captazione, s'incentra sulla violazione dell'art. 615-*bis* c.p. in ragione della supposta *Interferenza illecita nella vita privata* delle persone riprese con il cellulare all'interno del bagno in rapporti intimi. E tuttavia, poiché tale fattispecie è ambientata esclusivamente nei luoghi di "privata dimora" previsti dall'art. 614 c.p., e considerato che dal novero di essi la giurisprudenza di legittimità esclude le toilette pubbliche per note ragioni processuali legate alla disciplina delle intercettazioni prevista dall'art. 266 c.p.p.¹², al Giudice non è rimasto che dichiarare l'insussistenza del fatto contestato.

Né d'altro canto il Tribunale ha ritenuto di ovviare al segnalato limite di tipicità dell'art. 615-*bis* c.p., aderendo a quell'orientamento della Corte di cassazione – platealmente contrario al principio di legalità nonché alla struttura del reato previsto all'art. 610 c.p. – che pretenderebbe di qualificare le riprese abusive nei bagni pubblici come forme di violenza privata¹³. Al di là della consueta dilatazione del concetto di violenza impropria sotteso a questo orientamento giurisprudenziale, che si spinge sino ad abbracciare comportamenti di cui la supposta vittima non ha neppure percezione (come per l'appunto le captazioni occulte), osta a tale soluzione la mancanza di un elemento imprescindibile della fattispecie di violenza privata qual è l'"evento costrizione", che non può essere all'evidenza ipostatizzato sulla base di un dissenso presunto della vittima¹⁴. Quand'anche infatti si volesse distorcere pure l'evento intermedio del delitto di violenza privata, l'effetto sarebbe quello di scardinare la crono-struttura della fattispecie di violenza privata per la cui integrazione è richiesto uno scarto logico e temporale tra la condotta tipica e

¹² Cfr. per tutte Cass. pen., sez. VI, 23 ottobre 2008, n. 42711, Rv. 241880.

¹³ V. in tal senso Cass. pen., sez. V, 3 marzo 2009, n. 11522, Rv. 244199; Cass. pen., sez. V, 14 maggio 2015, n. 28174, Rv. 265310, con nota comprensibilmente critica di F. TORLASCO, *Telecamera nascosta nello spogliatoio di una piscina: una discutibile sentenza della S.C. in tema di violenza privata*, in *Dir. pen. cont. on line* 5 luglio 2016.

¹⁴ Così invece Cass. pen., sez. V, 3 marzo 2009, n. 11522, cit., 3 ultimo capoverso.

l'evento patito¹⁵. Per questo la fattispecie di violenza privata descritta dall'art. 610 c.p. non potrà mai essere integrata dalla occulta captazione di immagini, accompagnata da un "patimento inconsapevole" e seguito la sopravvenuta scoperta della vittima di essere stata costretta a subire qualcosa. Quest'ultima situazione non corrisponde in nulla alla rigida sequenza cronologica descritta dall'art. 610 c.p., rivelando la creazione pretoria di una fattispecie incriminatrice che non trova riscontro in alcun paradigma di reato previsto dalla legge.

3. Ma l'aspetto più interessante della pronuncia riguarda la seconda contestazione rivolta agli imputati, avente ad oggetto la diffusione illecita di video sessualmente espliciti prevista dall'art. 612-ter c.p. Tale delitto – questo è il cruciale interrogativo sollevato dal caso oggetto del giudizio – è integrato anche dalla diffusione di video sessualmente espliciti realizzati all'insaputa dei soggetti coinvolti, oppure oggetto materiale del reato può essere solo l'immagine o il video originariamente formato in modo lecito dai protagonisti o da almeno uno di essi?

Il dilemma ruota attorno all'interpretazione del frammento della disposizione incriminatrice secondo cui il reato sussiste solo se le immagini e i video sessualmente espliciti che sono stati diffusi erano «*destinati a rimanere privati*». Un passaggio legislativo, questo, che per il Tribunale di Reggio Emilia non può essere riduttivamente interpretato come semplice mancanza di volontà dei protagonisti concernente la loro diffusione, giacché tale carenza è già prevista da un altro frammento dell'art. 612-ter c.p. secondo cui la diffusione deve avvenire «*senza il consenso delle persone rappresentate*». Il primo elemento strutturale – sottolinea la sentenza – non può pertanto ridursi al secondo, pena la sua *interpretatio abrogans*, imponendosi così una loro lettura diversificata tale da conferire a entrambi un'autonomia portata precettiva.

Per far questo, il Giudice di Reggio Emilia ritiene di doversi avvalere delle verosimili «*intenzioni del legislatore*» previste dall'art. 12 disp. prel. quale secondo canone ermeneutico, ausiliario del significato letterale. Intenzioni del legislatore che vengono metodologicamente individuate dalla sentenza nelle ragioni politiche e nei presupposti empirico-criminologici che hanno portato al varo della disposizione incriminatrice in esame ad opera della legge 19 luglio 2019, n. 69 (Codice Rosso),

¹⁵ Lo ribadisce autorevolmente Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, Rv. 241752, p. 27 dell'originale.

come reazione a una *escalation* di violenza ai danni delle donne da parte dei loro partner non di rado condita dalla diffusione di immagini della vittima in atteggiamenti sessualmente espliciti. Di qui la conclusione che l'inciso «*destinati a rimanere privati*» si presta a circoscrivere l'oggetto materiale del reato solo alle immagini sessualmente esplicite condivise o volontariamente realizzate «*dalla coppia all'interno del contesto relazionale*». Donde l'ulteriore conclusione di segno contrario che la diffusione di materiale sessualmente esplicito realizzato da un soggetto estraneo al contesto relazionale non è riconducibile alla fattispecie di reato prevista dall'art. 612-ter c.p., potendo al più applicarsi – nel caso in cui la formazione del video sia avvenuta illegalmente – le fattispecie previste dall'art. 615-bis, comma 2, c.p. (*Interferenze illecite nella vita privata*) o dall'art. 617-septies c.p. (*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*).

4. L'epilogo esegetico cui perviene la sentenza è da condividere. Tale conclusione non necessita tuttavia di un richiamo alla *ratio legis* e agli ulteriori canoni interpretativi previsti dall'art. 12 disp. prel. Pare sufficiente l'interpretazione letterale dell'art. 612-ter c.p., e del sintagma «*destinati a rimanere privati*», per imporre una distinzione tra questa fattispecie incriminatrice e tutte le altre in cui le immagini sono formate in modo illecito.

Queste ultime fattispecie di reato si fondano infatti su un duplice disvalore d'azione (di captazione e di diffusione): concernente cioè dapprima la fase genetica del materiale e poi la sua propalazione¹⁶. Viceversa il c.d. delitto di *Revenge porn* trova la propria specificità nella liceità della fase di formazione del materiale perché accompagnata dalla volontà dei soggetti coinvolti di formarlo a fini privati. Lo *specificum* del delitto sta dunque in una sorta di *interversio publicationis* subita dal materiale originariamente destinato a rimanere nel contesto di riservatezza in cui era stato formato. Il che peraltro si presta a spiegare, per quanto possibile, la discutibile collocazione di questa nuova fattispecie di reato, infelicemente inclusa tra i delitti contro la libertà morale¹⁷. Se un senso può avere tale collocazione, a fronte della

¹⁶ Con particolare riferimento al nuovo art. 617-septies c.p., v. per tutti C. PAONESSA, *Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO, *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, 2018, Milano, 81 ss.

¹⁷ In termini critici S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 456 s. In argomento v. *amplius* G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non*

carezza nell'art. 612-ter c.p. di una condotta coartativa, esso sta nel tradimento del patto fiduciario che legava gli autori dell'atto sessuale consensualmente ripreso. È da questa proditorietà, in luogo della violenza o della minaccia, che deriva la violazione dell'autodeterminazione del soggetto nell'ambito della propria sfera sessuale.

Restano, tuttavia, almeno tre ulteriori aspetti da chiarire.

Anzitutto, alla luce della suddetta lettura occorre concludere che sia priva di rilevanza penale la diffusione di immagini sessualmente esplicite formate da terzi che abbiano come protagonisti soggetti inconsapevoli delle riprese ma volontariamente o inavvertitamente esposti alle stesse. Un esito interpretativo, questo, tutt'altro che ingiustificato, ove si consideri che chi si apparta maldestramente in preda a furore amoroso, senza premunirsi di non essere visto, non può che imputare a sé stesso l'eventuale cattura e diffusione di immagini che lo riguardano. Il vuoto punitivo, oltreché sensato, va a compensare in termini deontici la recente depenalizzazione delle fattispecie di atti osceni in luogo pubblico previste dai commi 1 e 3 dell'art. 527 c.p. Più che la sanzione amministrativa, gli amanti sfrontati o imprudenti dovrebbero temere la possibilità che i loro ardori siano immortalati – un'eventualità resa viepiù agevole dal progresso tecnologico – e che le relative immagini circolino liberamente senza integrare alcun illecito penale.

Non è tutto. L'*interversione pubblicitaria* sottintesa dalla fattispecie prevista dall'art. 612-ter c.p. rende altresì privo di autonoma rilevanza penale la diffusione di immagini a contenuto sessualmente esplicito realizzate nell'ambito di un reato di violenza sessuale¹⁸. Per quanto laido sia questo comportamento, il maggior disvalore connesso alla ripresa e alla diffusione dell'atto estorto comporterà l'inasprimento della sanzione prevista dagli art. 609-bis ss. c.p., senza integrare un concorso di reati con l'art. 612-ter c.p. Tra la "destinazione privata" del materiale contenuto in quest'ultima disposizione e la coartata formazione delle immagini sessualmente esplicite v'è un rapporto di contraddizione in termini, tale dunque da impedire qualunque dilatazione applicativa della fattispecie di *Revenge porn* volta a sanzionare la diffusione di video o immagini rappresentativi di fatti di reato.

Infine, v'è da stabilire se l'art. 612-ter c.p. si possa applicare nei casi in cui il video o le immagini sessualmente esplicite siano state realizzate o commissionate

consensuale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2063 ss., il quale ricorda come l'Unione Camere penali italiane avesse proposto in sede di audizione la creazione ben più opportuna di un titolo *ad hoc* riservato alla tutela della riservatezza sessuale.

¹⁸ Analogamente G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale*, cit., 2070.

solo da uno dei partecipanti all'atto all'insaputa del/degli altro/i partner, per i più diversi fini (in genere ulteriore appagamento sessuale). Ebbene, se queste captazioni non erano inizialmente finalizzate alla diffusione, che viene in un secondo tempo decisa dall'unico detentore delle immagini (o da un terzo che ne sia venuto in possesso) senza il consenso degli altri, v'è da ritenere che non sussista alcun ostacolo all'applicazione della fattispecie di *Revenge porn*¹⁹. Pure in questo caso, infatti, si verificherebbe sia una *interversio publicationis* da parte del detentore – che non richiede la consapevole formazione del materiale diffuso da parte di tutte le persone riprese – sia la non volontà di taluna delle persone rappresentate. Vero è che la più recente giurisprudenza di legittimità tende invece ad applicare l'art. 615-*bis* c.p. alla formazione di video e immagini del rapporto sessuale all'insaputa del partner²⁰, talché sulla base di quanto sopra si è chiarito la loro diffusione dovrebbe integrare la fattispecie del comma 2 dell'art. 615-*bis* c.p. È altrettanto vero però che questo orientamento interpretativo muove da un'applicazione analogia di quest'ultima disposizione incriminatrice maturata in un'epoca in cui non esisteva la fattispecie di *Revenge porn*, l'introduzione della quale dovrebbe ora indurre a un doveroso ripensamento maggiormente in linea con il complessivo assetto legislativo.

Ne verrebbe così che la formazione di immagini o video delle proprie esperienze sessuali all'insaputa del/dei partner sarebbe del tutto privo di rilevanza penale, mentre la loro successiva diffusione contro o senza la volontà del/dei partner sarebbe punibile ai sensi della più grave fattispecie di reato prevista dall'art. 612-*ter* c.p.

¹⁹ Per un'analogia conclusione – seppur con un diverso percorso argomentativo – N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *Leg. pen.*, 20.1.2020, 21 s.

²⁰ Cfr. per tutte Cass. sez. V, 20 dicembre 2018, n. 13384, Rv. 275236.