

I FENOMENI DEL *SEXTING* E DEL *REVENGE PORN*

DIFFUSIONE DI MATERIALE PORNOGRAFICO

PRODOTTO DALLA VITTIMA



Susanna Maderna

La forte esigenza di tutela dei soggetti c.d. vulnerabili, in particolare donne e minorenni, e gli obblighi penali sempre più pregnanti previsti, in tale direzione, dalle fonti internazionali ed europee, hanno portato il nostro legislatore ad intervenire sul codice penale, colmando quel tanto avvertito vuoto di tutela in materia di violenza domestica e di genere.

Di particolare rilievo è stata l'emanazione della Legge n. 69 del 19 luglio 2019, che ha innovato sia il codice di rito, sia il codice penale, nel cui ambito, da un lato, ha introdotto nuove fattispecie di reato e, dall'altro lato, ha aggravato la risposta sanzionatoria relativamente ad altre fattispecie.

Sul piano processuale, l'interpolazione è stata volta, soprattutto, a velocizzare l'instaurazione del procedimento penale per taluni delitti commessi nel contesto delle relazioni affettive o familiari, comportando, di conseguenza, un acceleramento circa l'eventuale adozione di provvedimenti a protezione delle vittime. Proprio da questo aspetto discende l'appellativo mediatico che tale intervento legislativo ha assunto (il c.d. codice rosso), che allude ad un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione di questi procedimenti.

La *ratio* dell'intervento è stata, quindi, quella di cercare di prevedere una procedura più snella, meno formale, volta ad imporre precisi adempimenti a carico della polizia giudiziaria e al P.M da svolgersi senza ritardo, nonché la tempestiva audizione della persona offesa o detenuta, una serie di obblighi di comunicazione alla persona offesa relativa alla situazione di libertà o meno della dell'imputato e un'adeguata formazione della polizia giudiziaria per consentire una partecipazione più consapevole a questi giudizi. Inoltre, sempre in relazione al codice di rito e nell'ottica di apprestare una maggiore e più effettiva tutela alle vittime, è stata prevista l'applicabilità della custodia cautelare anche nell'ipotesi in cui il giudice ritenga che la pena detentiva da infliggere sia inferiore ai tre anni, quindi anche per le ipotesi di cui alla nuova fattispecie prevista dall'art. 612 ter c.p. (il cd. *revenge porn*).

Con riguardo alle novità in materia di diritto sostanziale, il legislatore ha previsto quattro nuove fattispecie di reato: l'art. 387 bis c.p., l'art. 558 bis c.p., l'art. 583 quinquies c.p. (che prima costituiva un'ipotesi di lesione personale gravissima, integrando il disposto di cui all'art. 582 comma III, n. 4 c.p.) e, infine, l'art. 612 ter c.p., rubricato “*diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”.

Proprio quest'ultima norma ha colmato quel vuoto di tutela tanto avvertito nel nostro ordinamento con riferimento a due fenomeni in forte espansione soprattutto negli ultimi anni: il *sexting* e il *revenge porn*.

La presenza e l'utilizzo costante dello *smartphone*, il quale, tramite applicazioni come *whatsapp*, consente di inviare con estrema facilità immagini o video e l'avvento di piattaforme, come *facebook*, *instagram*, *tik tok*, hanno, infatti, reso sempre più pregnante la necessità di fornire una risposta chiara, sul piano penale, a tali fenomeni.

Il *revenge porn*, letteralmente tradotto “*porno-vendetta*”, prende in considerazione la condotta di chi, spesso mosso dalla volontà di vendicarsi con *l'ex partner*, diffonde immagini o video privati a contenuto sessuale, ritraenti il soggetto vittima della “ritorsione”, caricandoli sul web e divulgandoli sui *social networks*. A livello sociale, il fenomeno del *revenge porn* si innesta nella c.d. normalizzazione della pornografia, espressione coniata in sociologia per descrivere il cambiamento della pornografia nel tempo: da una dimensione marginale o clandestina, che ha caratterizzato tale settore fino alla metà del secolo scorso, la pornografia ha visto una forte diffusione negli ultimi anni, fino al punto da essere considerata come un fenomeno “normale” nella cultura di massa, e non più trasgressivo, soprattutto a seguito dell'avvento di internet. La rete, infatti, da un lato, consente a chiunque di visionare, con estrema facilità, questi materiali e, dall'altro, ha incrementato la produzione e la distribuzione di materiale pornografico del tipo amatoriale.

L'altro fenomeno che, soprattutto negli ultimi anni, si è notevolmente diffuso, di pari passo all'evoluzione delle tecnologie dell'informazione, e che il Legislatore ha cercato di limitare attraverso la previsione dell'art. 612 ter c.p., è il *sexting*, che risulta, oggi, una vera e propria moda tra i giovani, nella maggior parte dei casi minorenni, e spesso anche tra gli adulti. Il termine *sexting* deriva dalla crasi fra due termini, “*text-messaging*” e “*sex*”, ed indica, quindi, la connotazione erotica del materiale contenuto nei messaggi inviati. La dottrina distingue tra *sexting* “primario”, in cui il soggetto cede, liberamente, tramite messaggio, una propria immagine o video a sfondo sessuale autoprodotta ad un partner o ad un amico che riceve il messaggio

sul proprio dispositivo informatico, e *sexting* “secondario” che si realizza, invece, quando il destinatario iniziale mette in circolazione il materiale ricevuto rendendolo così visibile ad altri utenti.

La pratica di produrre video o immagini sessuali (il c.d. *sexting* primario) risulta, di per sé, lecita e, quindi, irrilevante sul piano penale, poiché inerisce la sfera di autodeterminazione privata dell'individuo. In tale senso, si è espressa anche la Suprema Corte a Sezioni Unite nella sentenza n. 5185 del 31 maggio 2018, confermando un indirizzo già sorto nel 2016, con la pronuncia della Cassazione, Sez. III, n.11675, che statuiva la liceità del fenomeno della pornografia c.d. domestica, onde scongiurare una “*iper-criminalizzazione di condotte, non coerente con le finalità proprie del diritto penale, data l'appartenenza di tali condotte all'ambito dell'autonomia privata sessuale [...]. Il Legislatore (con l'art. 602-ter c.p.) ha inteso creare [...] un cospicuo apparato di circostanze aggravanti, tra le quali assume particolare significatività quella prevista dal quinto comma di tale articolo, in forza della quale la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni sedici. Si tratta, infatti, di sanzioni che, per la loro entità, sarebbero ingiustificabili, alla stregua del principio costituzionale di ragionevolezza, qualora si volessero ritenere applicabili al fenomeno della pornografia minorile domestica*”.

Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità ha precisato che tali affermazioni, secondo cui ogni produzione pornografica amatoriale, di tipo domestico, è sempre lecita, devono essere temperate con la necessità, per il giudice di merito, di accertare caso per caso l'assenza di condotte “*a carattere abusivo, per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore o per le modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno) [...]*”. In altri termini, qualora le immagini o i video abbiano per oggetto la vita privata sessuale nell'ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell'autore, ma siano frutto di una libera scelta e siano destinate ad un uso strettamente privato, dovrà essere esclusa la ricorrenza di quella utilizzazione che costituisce il presupposto dei reati di pornografia minorile”.

Dall'analisi di tale giurisprudenza emerge, quindi, che l'autoproduzione o il c.d. *selfie* pornografico non possono considerarsi, *ab origine*, fenomeni sempre leciti, poiché, nella realtà, può verificarsi sia l'ipotesi in cui un minore si trovi costretto a produrre materiale pornografico da sé, sotto l'influenza o costrizione altrui (per esempio, con la minaccia dell'agente costrittore di diffondere per vendetta altro e di-

verso materiale, lecitamente ricevuto e detenuto da questo nell'ambito di precedenti conversazioni erotiche), sia il caso in cui la conversazione digitale degeneri in vera e propria violenza sessuale a distanza.

Per quanto concerne, invece, il fenomeno del c.d. *sexting secondario* (da molti, chiamato *revenge porn*, in particolar modo quando la condotta è mossa dalla volontà di vendicarsi nei confronti della vittima) non vi è alcun dubbio circa la sua rilevanza penale. Sotto questo profilo, ha avuto una forte valenza maieutica il triste caso del suicidio di Tiziana Cantone; la ragazza, una trentunenne dell'*hinterland* napoletano, era stata convinta dal proprio fidanzato ad avere rapporti sessuali con altri uomini e a filmarli. Tali registrazioni, che dovevano restare nell'esclusiva disponibilità della coppia, vennero, invece, diffuse in rete, dapprima, su un portale hard, e successivamente, sull'applicazione di messaggistica *Whatsapp* e sulle pagine *Facebook* e *Youtube*, diventando virali in pochi giorni. Tale rapidissima diffusione, unitamente al fatto che la ragazza risultasse facilmente riconoscibile dalle immagini, che spesso riportavano anche il suo nome e cognome, portarono al triste epilogo.

Il fenomeno del *sexting* risulta, purtroppo, in forte crescita soprattutto in ambito minorile: infatti, tali soggetti sono i primi utilizzatori delle sempre nuove applicazioni di messaggistica e condivisione di immagini e video, che spesso sono connotate da **funzioni di condivisione molto più immediate e deresponsabilizzanti**. Il soggetto minorenni, proprio in ragione della sua giovanissima età, è un utente poco consapevole e, a volte, poco interessato alle **conseguenze dannose** derivanti dal non corretto utilizzo delle tecnologie dell'informazione. La condivisione, su base consensuale, di materiale autoprodotta a sfondo sessuale (come i *selfie*), viene, infatti, molto spesso percepita come una forma di affermazione della propria sessualità nel *cyberspazio*, accompagnata dall'ingenua presunzione che non ne derivino conseguenti diffusioni incontrollate. Proprio per questi motivi, come già anticipato nell'apertura del presente elaborato, i minorenni sono considerati dall'ordinamento soggetti vulnerabili e, in quanto tali, destinatari di tutele rafforzate.

Prima dell'introduzione della fattispecie di cui all'art. 612 ter c.p., la giurisprudenza, in diverse pronunce, aveva tentato di inquadrare nel dettato normativo di cui all'art. 600 ter, comma IV c.p., la condotta di diffusione di materiale a sfondo sessuale, autoprodotta dalla vittima minorenni e, dalla stessa, inviato unicamente ad un soggetto di fiducia. Tale inquadramento però, come del resto più volte sottolineato dalla stessa Corte di Cassazione (*ex multis*, Cass. pen. 21 marzo 2016, n. 11675), non poteva ritenersi corretto in quanto l'art. 600 ter c.p. si configura quando vi sia

“*l'utilizzo del minore*”, elemento, questo, ravvisabile solo allorché il materiale pedopornografico non sia stato **autoprodotta** dalla vittima. In assenza di alterità tra il soggetto produttore e la vittima, che denota la **strumentalizzazione del minore**, viene, quindi, a mancare uno dei presupposti essenziali del fatto di reato previsto ai sensi dell'art. 600 ter c.p. Del resto, altrimenti argomentando, si giungerebbe ad una distorsione della norma penale incriminatrice nei suoi elementi di tipicità, se non, addirittura, ad un'inammissibile **analogia in malam partem**.

Al fine di scongiurare un **vuoto di tutela** la summenzionata condotta veniva inquadrata all'interno di diverse fattispecie incriminatrici: in alcune sentenze veniva qualificata come diffamazione aggravata a mezzo Internet (art. 595, comma III c.p.), o come trattamento illecito di dati personali (art. 167, d.lgs. 196/2003); in altre, come violenza privata (art. 610 c.p.) o nel reato di gli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p., nel fenomeno del c.d. *cyberstalking*); in altre pronunce ancora si riteneva condotta integrante il reato di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617-*septies*, c.p.) o il reato di estorsione (art. 629 c.p., nella repressione del fenomeno della c.d. *sextortion*). Ognuna di queste fattispecie, però, non si attagliava perfettamente al caso specifico e, proprio in questo quadro di tutela così frammentario, è intervenuto il legislatore con l'introduzione dell'art.612 ter c.p., rubricato “*diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”.

La collocazione sistematica di tale fattispecie, inserita nella sezione III (delitti contro la libertà morale) del titolo XII, è stata, però, oggetto di critica sia in dottrina, sia nella relazione del massimario, per due principali motivi: innanzitutto tale reato, ricondotto tra i delitti realizzati con minaccia, il più delle volte, si esplica attraverso il ricorso a modalità diverse da quella tipica minatoria. Sarebbe stato, forse, più opportuno prevedere un titolo autonomo per il reato in esame, posto principalmente a tutela della riservatezza sessuale, da inserire dopo i delitti di violenza sessuale e prima della sezione III, del titolo XII del codice penale. In secondo luogo, l'oggettività giuridica sanzionata dalla norma non ricomprende solamente la lesione dell'onore e della reputazione della vittima, ma sanziona anche la lesione alla libertà di autodeterminazione e alla tranquillità individuale (aspetto che emerge dalla vicinanza ai reati di violenza privata, minaccia e atti persecutori).

In origine, l'art. 612 ter c.p. prevedeva tre elementi essenziali: la creazione consensuale di immagini intime o sessuali in un contesto di coppia; la non consensuale pubblicazione delle stesse da parte di uno dei membri della coppia; la finalità, perseguita dall'ex partner, di vendicarsi per la rottura del rapporto. Tuttavia, oggi

non è più necessaria né la finalità di vendetta né la pregressa esistenza di una relazione sentimentale tra le parti.

Dal punto di vista della struttura la norma prevede due diverse fattispecie: al comma I, dell'art. 612 ter c.p., infatti, viene punito colui che dopo aver realizzato immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinate a rimanere private tra le parti, le invia, consegna, pubblica o diffonde, senza il consenso della persona raffigurata. La vittima, infatti, ha prestato il consenso alla realizzazione delle immagini o dei video per un uso, unicamente, privato tra le stesse parti. L'autore di tale condotta può essere, quindi, sia il soggetto che ha realizzato direttamente il materiale pornografico, sia colui che lo ha sottratto a chi lo deteneva.

Nell'ipotesi prevista al comma I, il legislatore ha deciso di non attribuire alcun rilievo alla finalità che animava la condotta del soggetto agente; si tratta infatti di un reato a dolo generico.

Il comma II, dell'art. 612 ter c.p., punisce, invece, con la stessa pena di cui al comma I (reclusione da uno a sei anni e multa da 5.000 euro a 15.000 euro) il soggetto che, dopo aver ricevuto o comunque acquisito materiale a sfondo sessuale, lo invia, consegna, pubblica o diffonde, sempre senza il consenso, e al fine di recare nocumento alla vittima.

Appare evidente che tra la fattispecie di cui al comma I e quella di cui al comma II vi sia identità in relazione sia alle tipologie di condotte punite, sia all'oggetto materiale delle stesse. Si differenziano, invece, in primo luogo per il presupposto che, nel comma I, consiste nell'aver realizzato direttamente o sottratto le immagini o video, mentre, nel comma II, si sostanzia nell'aver ricevuto o comunque acquisito materiale autoprodotta dal soggetto che poi è vittima della diffusione. In secondo luogo, è diverso il fine dell'azione, che, come sopra enunciato, è irrilevante nell'ipotesi di cui al comma I, mentre rileva nel comma II, trattandosi di fattispecie a dolo specifico posta in essere proprio al fine di recare nocumento alla vittima (il caso classico del c.d. *revenge porn*).

A seguito dell'introduzione dell'art. 612 ter c.p., dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa l'ambito di operatività della norma con particolare riguardo all'espressione "*immagine o video a contenuto sessualmente esplicito*" utilizzata dal legislatore; infatti, lo spazio di applicazione della norma muta notevolmente a seconda che rilevi, a fini dell'integrazione del reato, un'immagine o un video avente ad oggetto un mero nudo, oppure il nudo per scopi sessuali o l'esibizione lasciva dei propri genitali, oppure ancora una vera e propria attività sessuale.

Una risposta alla questione può essere fornita facendo ricorso, innanzitutto, ad un argomento di carattere letterale: l'utilizzo dell'aggettivo "*esplicito*", con riferimento al contenuto del materiale, sembra escludere dal campo applicazione della norma i meri nudi, proprio in quanto privi di quel significato sessuale richiesto dalla norma. Tale assunto pare trovare conferma in un argomento di carattere sistematico: nel concetto di pornografia minorile, di cui all'art. 600 ter c.p., è stata espressamente ricompresa anche la rappresentazione di organi sessuali per scopi sessuali, che, evidentemente, è qualcosa di più rispetto alla semplice nudità, ma è anche qualcosa di meno rispetto al contenuto sessualmente esplicito, richiesto dall'art. 612 ter c.p. Da ciò si evince, pertanto, che il legislatore, quando ha voluto fare riferimento alle nudità senza oggettive connotazioni sessuali ha fatto ricorso a formule diverse rispetto all'utilizzo dell'aggettivo "*esplicito*" dell'art. 612 ter c.p., volto proprio a restringere il perimetro applicativo della norma.

Giova precisare che l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 612 ter c.p., nonostante abbia colmato quel tanto avvertito vuoto di tutela, ha anche incontrato delle obiezioni: in particolare, la prima obiezione al c.d. *revenge porn* risiede nel c.d. fenomeno del *victim blaming*; secondo alcuni, infatti, la produzione di materiale sessualmente connotato e, ancor più, la condivisione dello stesso, equivalgono ad accettare il rischio di una successiva divulgazione. Questa concezione, che rischia di arrivare a traslare il rimprovero proprio sulla vittima stessa, non tiene conto della contestualità del consenso: infatti, il consenso del soggetto alla realizzazione del materiale e allo scambio solo con il partner è ben diverso dal consenso alla successiva diffusione ad *incertam personam*, in quanto solo in questo secondo caso viene minata la riservatezza e l'intimità della vittima.

La seconda obiezione, evidenziata soprattutto dalla dottrina statunitense, riguarda il c.d. *free speech*: visione secondo la quale la condotta di riportare e diffondere ciò che è rispondente a verità può essere incriminata solo quando comporti un danno sociale e non meramente individuale; ne discende, quindi, che la divulgazione di materiale sessualmente esplicito, reale, comportando un danno solo per la vittima non assume rilievo penale.

In conclusione, nonostante l'introduzione dell'art. 612 ter c.p., ad opera della riforma attuata dal legislatore con la summenzionata L. 69/2019, abbia sicuramente rafforzato la tutela, rimangono tuttora aperte alcune questioni che richiederebbero più approfondite considerazioni, soprattutto con riguardo ai minori vittima di tali reati. In particolare, ci si può interrogare sul fatto se abbia o meno senso parlare propriamente

di **consenso** o di libertà di autodeterminazione del minore in ambito sessuale, dal momento che lo stesso non è sempre in grado di percepire tutte le potenziali conseguenze dannose derivanti dai propri atti online. Bisogna, inoltre, considerare che il consenso del minore, quand'anche possa dirsi informato in relazione alla specifica finalità di trasmissione del materiale autoprodotta a soggetti determinati e fidati, non sarà tale nei confronti delle successive condivisioni ad opera dei primi destinatari.

È evidente, pertanto, che, nonostante il legislatore sia più volte intervenuto in risposta a simili questioni, non sia sempre agevole raggiungere una tutela completa e tempestiva proprio in ragione della pluralità, della diversità e delle novità dei fenomeni lesivi che coinvolgono i minori nel *cyberspazio*.

In ultima analisi, sembra che il sistema sanzionatorio penale (tradizionalmente connotato da pene afflittive), non possa considerarsi l'unica soluzione, tenuto conto del fatto che la genesi del fenomeno risulta essere anche di carattere **educativo**. È, infatti, auspicabile che, in **funzione preventiva**, siano gli stessi **Internet Service Provider** (i fornitori delle piattaforme di condivisione dei contenuti), a doversi attivare assumendosi un **onere informativo nei confronti degli utenti minorenni**, ad esempio tramite comunicazioni specificatamente indirizzate in grado di sensibilizzare il minore sull'atto che sta compiendo. Proprio con riferimento alla responsabilità degli intermediari il legislatore è intervenuto con la Legge n. 71 del 2017, prevedendo la possibilità di inoltrare un'istanza al titolare del trattamento o al gestore del sito internet volta a richiedere l'oscuramento ed il blocco di un determinato contenuto riguardante un soggetto minorenne; in tale ipotesi, il titolare del trattamento o il responsabile del sito è tenuto sia a comunicare, entro 24 ore la ricezione dell'istanza, di aver assunto l'incarico, sia a provvedere, nelle 48 ore successive, all'oscuramento. Tuttavia, resta ancora irrisolta la problematica relativa alla responsabilità di tali soggetti nell'ipotesi in cui, nonostante la segnalazione, non rimuovano il contenuto lesivo dalla piattaforma, consentendone così la diffusione su larga scala.

In secondo luogo, è, anche, auspicabile che maggiori sforzi vengano indirizzati allo stanziamento di **adeguati mezzi ad enti, istituzioni scolastiche e associazioni che possano, così, realizzare progetti di informazione ed educazione**, sensibilizzando i giovani sulle problematiche derivanti da questi fenomeni sempre più dilaganti.