

QUESITI

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

***L'accoglimento del concetto di "genere"
come rischio di una tutela
penale a binario differenziato.
Art. 612-ter c.p. e tutela della riservatezza***

Il reato di "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", di cui all'art. 612 ter c.p., presenta le tradizionali criticità connesse con la legislazione simbolica, che sovente caratterizza gli interventi del legislatore in materia di violenza di genere.

Dopo un breve *excursus* comparatistico e la definizione delle problematiche presentate dalla disciplina vigente, il lavoro si pone l'obiettivo di proporre una legittima oggettività giuridica di riferimento. Questa viene individuata nella riservatezza, da tutelare alla luce dei principi fondamentali, tra i quali, *in primis*, uguaglianza/ragionevolezza/proporzione e determinatezza, sì da garantire un maggior grado di garanzia ed effettività.

Embracing the concept of "gender" as a risk of a binary criminal protection. The Art. 612-ter of the Italian Criminal Code and privacy protection

The crime of "unlawful dissemination of sexually explicit images or videos" under Article 612 ter of the Italian Criminal Code, shows some of the traditional critical issues frequently linked to the symbolic legislation that often characterizes the lawmakers' measures on gender-based violence.

After a short comparative excursus and the definition of the issues raised by the current regime, the work seeks at suggesting a legitimate legal objectivity of reference. The latter is pinpointed as privacy, which has to be protected in the light of fundamental constitutional principles, including, first and foremost, equality/reasonableness/proportionality and legal certainty, so that a greater degree of guarantee and effectiveness can be ensured.

SOMMARIO: 1. La natura simbolica delle recenti riforme in tema di "violenza di genere". - 2. La conferma dei precedenti orientamenti nella l. n. 69 del 2019. L'art. 612 *ter* c.p. erroneamente noto come "revenge porn". - 2.1. "La diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito". - 2.2. Il bene giuridico della riservatezza come legittimo oggetto di tutela penale. - 2.3. Funzione esegetica del bene giuridico e rapporti con altre fattispecie. - 3. La natura propagandistica delle ulteriori novità introdotte dalla riforma del 2019. La soluzione penale che non passa per il Mef. - 4. L'accoglimento del concetto di "genere" come rischio di una legislazione a binario differenziato. Una proposta per la legittima tutela penale della riservatezza di tutti.

1. *La natura simbolica delle recenti riforme in tema di "violenza di genere"*. In un sistema da Stato sociale di diritto, incentrato sulle garanzie affermate dai principi costituzionali, il diritto penale dovrebbe essere "*Magna Charta* del

delinquente”¹, anche in relazione a quelle ipotesi in cui il rapporto tra vittima e reo è caratterizzato da una violenta sopraffazione da parte di quest’ultimo, fondata su riprovevoli motivazioni derivanti da pregiudizi subculturali e rapporti di forza sperequati. Come sovente avviene nella violenza di genere², sulla donna.

L’originario impianto codicistico penale era, ed è stato per molto tempo, caratterizzato da una impronta marcatamente maschilista³. Basti pensare che fino al 1981⁴, ad esempio, all’art. 544 c.p. era prevista l’estinzione del reato, tra gli altri, della «violenza carnale» – per di più ancora collocata tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume – qualora l’autore del reato, successivamente alla commissione del fatto, avesse contratto matrimonio “riparatore” con la vittima⁵.

Fino alla stessa data vigeva anche l’attenuante di cui all’art. 587 c.p., in materia di «omicidio e lesione personale a causa di onore», in base alla quale chiunque cagionasse morte o lesioni personali a coniuge, figlia o sorella, nell’atto in cui ne avesse scoperto «la illegittima relazione carnale e nello stato d’ira determinato dall’offesa recata all’onore suo o della sua famiglia», veniva punito con una sanzione di gran lunga più lieve rispetto alla fattispecie base⁶.

¹ VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, 80.

² Per una recente definizione del concetto di genere, v. art. 3 *Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, Istanbul 2011, in *Gazz. Uff.*, n. 153 del 2.7.2013, secondo cui «con il termine genere ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini, (...); l’espressione “violenza contro le donne basata sul genere” designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato»; per una efficace sintesi del testo della Convenzione, v. DI STEFANO, *La Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 ottobre 2012, 1 ss.; per una definizione del concetto di genere che valorizza la prospettiva personalistica, v. *infra*, par. 4., FILICE, *Diritto penale e genere*, in *Dir. pen. uomo*, 2019, 9, 11 ss., e anche in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 settembre 2019, 1 ss., 4.

³ V. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal codice Rocco al codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, 2019, 11, 78 ss.; MASARONE, *Violenza contro le donne: esigenze di tutela ed uso simbolico del diritto penale*, in *Dir. giust. minorile*, 2020, 1-2, 12 ss.

⁴ L. n. 442/1981, in *Gazz. Uff.* n. 218 del 10.8.1981.

⁵ Sul tema, in specie sulla mortificazione subita dalla persona offesa ancor più all’esito del matrimonio, v., per tutti, BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal codice Rocco al codice rosso*, cit., 80; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, 30.

⁶ Art. 587 c.p. abrogato dalla l. n. 442/1981, cit.

Una tale politica criminale ha contribuito al permanere di una sottocultura discriminatoria fondata sulla prevaricazione da parte degli appartenenti al sesso, apparentemente, più forte, con conseguente mortificazione del sesso ‘debole’⁷, rispetto alla quale il legislatore, con gli interventi riformatori successivi, ha tentato di porre un argine⁸.

La più recente legislazione in materia, infatti, è stata caratterizzata da una inversione di tendenza, da una politica criminale che ha introdotto norme e regimi sanzionatori più severi, posti, se non altro in apparenza, a presidio di questo settore di criminalità, ma la cui effettività è ancora tutta da verificare.

Si è assistito, infatti, ad una tecnica di legiferazione, prevalentemente, simbolica, caratterizzata da norme slogan⁹, e da “giri di vite”¹⁰ sanzionatori; tale attività legislativa, peraltro, non è stata accompagnata da interventi sistematici, coinvolgenti molteplici settori della società¹¹, auspicabili affinché il diritto penale possa risultare efficace strumento di prevenzione¹².

⁷ V. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice Rosso*, cit., 78 ss.

⁸ Per una efficace ricostruzione della disciplina in materia, per tutti, v. ROMANO, *Il contrasto penalistico alla violenza sulle donne*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, 333 ss.

⁹ Senza pretese di esaustività, v. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello, II, Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 36 ss.; FIANDACA, *Il diritto penale piegato al consenso*, in *Il Mattino*, 22 maggio 2015; HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NSZ*, 1989, 12, 553 ss.; MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzo di un diritto penale simbolico*, in *Atti del dibattito AIPDP La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, con presentazione di Risicato, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, 7 ss.; MOCCIA, *Legalità e flessibilità dell'intervento penale*, in *Crit. dir.*, 2002, 3-4, 239 ss.; *Atti del dibattito AIPDP La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, cit., *passim*; con specifico riferimento al tema che ci occupa, CALAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, 589 ss.

¹⁰ Con specifico riferimento al tema che ci occupa, libera il campo da ogni dubbio, PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, 2019, 37, 51 ss., 51, evidenziando come «i giri di vite sanzionatori non incrementano di per sé, né punto né poco, la tutela di alcuna vittima: sono destinati a lasciare le cose esattamente come le hanno trovate»; più in generale, PULITANO, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 235 ss., 235, ove l'Autore afferma: «Passione del punire, è il messaggio trasmesso dalla maggioranza di governo in questa XVIII legislatura», e continua osservando che, (246), «al legislatore che fa leva sulle minacce di pena, giocando al rialzo, va chiesto che cosa prevede di ottenere»; ed ancora, (247) «Le pene inflitte e da eseguire seguono all'inosservanza della legge, a un non funzionamento della tutela. Segnalano problemi non risolti».

¹¹ V. *infra*, par. 4.

¹² Per LEOTTA, *Femminicidio (Voce)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 2014, 1 ss., «Lo strumento di repressione penale (...) non potrà in alcun modo assurgere, neanche lontanamente, a misura, ai sensi

I profili problematici emersi sono molteplici. In ordine alla formula “atti sessuali”, ad esempio, di cui al reato di violenza sessuale introdotto con l’art. 609 *bis* c.p. nel 1996, risulta unanimemente condivisa la posizione secondo cui, pur in considerazione della più adeguata collocazione codicistica della nuova fattispecie¹³, la relativa indeterminatezza pone inevitabili problematiche sul piano della uniforme applicabilità¹⁴, con le conseguenti ripercussioni in chiave di incertezza del diritto, disparità di trattamento, ineffettività¹⁵.

dell’art. 12, par. 1 della Convenzione di Istanbul, finalizzata a promuovere i cambiamenti nei comportamenti socio-culturali delle donne e degli uomini, al fine di eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull’idea di inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini».

¹³ Com’è noto, con l. n. 66/1996, *Norme contro la violenza sessuale*, in *Gazz. Uff.*, n. 42 del 20.2.1996, è stato abrogato il reato di «violenza carnale», previsto dall’art. 519 c.p., collocato nell’ambito dei «delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», ed è stato introdotto il nuovo reato di «violenza sessuale», ex art. 609 *bis* c.p., nell’ambito dei «delitti contro la persona»; BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *www.sistemapenale.it*, 3 marzo 2020, 1 ss., 1, sia pur nell’apprezzamento della collocazione nell’ambito dei delitti contro la persona, evidenzia la criticità connessa con la «ulteriore collocazione nella sezione intitolata ai delitti contro la libertà personale», e valuta la eventuale opportunità della introduzione di un nuovo Capo o una sezione denominati «Delitti contro la personalità sessuale»; sul tema, v. ID., *Violenza sessuale (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1998, 1 ss.; ID., *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di Pulitanò, Torino, 2019, 281 ss.; AMBROSINI, *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 1 ss.; CADOPPI, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Crit. dir.*, 1996, 127 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 237 ss.; ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2002, 6 ss.

¹⁴ Per alcuni contributi critici sul tema, v. BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., 1 ss.; COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all’epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1163 ss.; SILINGARDI, *La nozione di “atti sessuali” con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 4-5, 1077 ss.; CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, 86 ss.; MUSACCHIO, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un’opinione sull’argomento*, in *Giust. pen.*, 1996, 2, 118; PICOTTI, *Il delitto sessuale da sfogo “non autorizzato” della libidine a “rapporto interpersonale” illecito. Spunti di riflessione sull’evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 1996, 419 ss.

¹⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., 241-242, evidenziano come la nuova legge, in quanto «tipica legge manifesto (...) costituisce un regresso rispetto alla situazione precedente. [ma] nulla di sorprendente [in quanto] la storia della legislazione degli ultimi tempi è zeppa di simili boomerangs. (...) La riforma non può che considerarsi fallimentare»; sulle relative difficoltà applicative, v. LONGOBARDO, *Brevi note in margine a due recenti sentenze in tema di violenza carnale e sulla rilevanza della violenza morale (sent. n. 1636/99 e n. 13070/99)*, in *Crit. dir.*, 1999, 4, 563 ss.; sul tema, BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., 1 ss., 1, nell’ambito di una prospettiva di riforma improntata a determinatezza/proporzionalità/ragionevolezza/parità di trattamento, evidenzia «le difficoltà incontrate dalla prassi nell’applicazione della normativa, non di rado tradottesi in soluzioni problematicamente compatibili con il rispetto della tassatività».

Nel 2009, con decreto legge¹⁶, è stata introdotta la fattispecie di «atti persecutori» in relazione alla quale, al di là della soddisfazione dell'opinione pubblica connessa con l'effetto ansiolitico dell'intervento legislativo, permangono ad oggi perplessità in merito alla relativa efficacia in termini di prevenzione¹⁷.

Com'è noto, la fattispecie presenta più di un motivo di perplessità, tra cui, su tutti, la carente determinatezza di alcune formule utilizzate nel precetto, che rende difficile provare in giudizio gli elementi costitutivi, ma anche alcune delle circostanze aggravanti ivi previste¹⁸.

In merito alla dubbia effettività della riforma in materia di “*stalking*”, c'è anche da osservare che la fattispecie, introdotta con decreto-legge del 2013¹⁹, a seguito della Convenzione di Istanbul del 2011²⁰, è stata oggetto di successivi inasprimenti della pena edittale, arrivando, dalla originaria sanzione della reclusione da sei mesi a quattro anni a quella della reclusione da un anno a sei anni e sei mesi²¹.

A tal riguardo, sul rapporto tra indeterminatezza del precetto e severità della pena, già Beccaria insegnava che l'efficacia preventiva dello strumento penale dipende dalla certezza della sua applicazione, e non piuttosto dalla prevista

¹⁶ D.l. n. 11 del 2009, conv. in l. n. 38 del 2009 in *Gazz. Uff.*, n. 95 del 24.04.2009.

¹⁷ ALBERICO, *La reiterazione delle condotte nel delitto di atti persecutori*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 maggio 2011, 1 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, cit., 224 ss.; LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di atti persecutori “stalking the stalking”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 869 ss.; MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, *passim*, 148 ss.; VALSECCHI, *In tema di stalking*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2010, 1 ss.

¹⁸ In generale, sulla necessaria verificabilità empirica della fattispecie fondamentale VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I Teil, Erfurt, 1799, 12 ss.; sulla specifica fattispecie, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, cit., 226, secondo cui «è lecito dubitare che il legislatore italiano del 2009 sia riuscito a conseguire l'obiettivo di una piena compatibilità tra il nuovo reato di atti persecutori e quell'esigenza di sufficiente determinatezza che per vincolo costituzionale dovrebbe connotare la legiferazione in materia penale. (...) la descrizione legislativa delle condotte tipizzate nell'art. 612 *bis* presenta diverse zone di indeterminatezza»; sul tema, si veda anche, MACRÌ, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e del nuovo delitto di “Atti persecutori”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 7, 819 ss.

¹⁹ Art. 1 *bis* co.1 d.l. n. 78/2013, in *Gazz. uff.* n. 153 del 2 luglio 2013, conv. in l. n. 94/2013, in *Gazz. uff.* n. 193 del 19.8.2013.

²⁰ All'art. 34 della Convenzione di Istanbul del 2011 è previsto che «le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionale mirante a compromettere seriamente l'integrità psicologica di una persona con la persecuzione o le minacce».

²¹ Art. 9 co. 3 l. n. 69/2019, cit.

intensità delle relative sanzioni. «Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infalibilità di esse»²².

Problematiche di analogo tenore sono presenti anche nell'intervento legislativo del 2013, diffusamente noto come "legge sul femminicidio"²³. Mediante tale provvedimento, a differenza di quanto è mediaticamente giunto alla opinione pubblica anche attraverso i *media* e i *talk show*²⁴, non si è proceduto alla introduzione di una nuova fattispecie di reato, ma semplicemente ad un diffuso innalzamento delle cornici edittali previste in alcune norme già vigenti nel settore; tale incremento sanzionatorio, sovente, è stato connesso con la circostanza della, non meglio determinata, relazione affettiva intercorrente tra l'autore e la vittima del reato²⁵.

In buona sostanza, si tratta di una riforma improntata sulla previsione di cosiddetti giri di vite repressivi, che non tiene in considerazione la oramai pacifica acquisizione secondo cui tale tecnica di legiferazione non rappresenti altro che la dimostrazione del fallimento della politica criminale adottata fino a quel momento, ovvero delle norme incriminatrici a cui l'inasprimento sanzionatorio viene applicato.

Al di là del favore con cui sono state accolte dalla pubblica opinione, sembra potersi affermare che, sul piano della prevenzione del fenomeno, le numerose riforme susseguitesi nel tempo non abbiano sortito gli effetti sperati²⁶.

²² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, (1764) 2003, 78, che continua insegnando che «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità».

²³ Per una diffusa trattazione della normativa in esame, anche fondata su dati statistici relativi al fenomeno che è chiamata a fronteggiare, v., per tutti, LEOTTA, *Femminicidio* (voce), cit., 1 ss.; MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1, 11 ss.; per una trattazione critica sul tema, che ne evidenzia la natura simbolica, v. VIGGIANI, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettive* de jure condendo, in *GenUS*, 2019, 2, 130 ss.

²⁴ Per un apprezzamento della potenziale efficacia pedagogica della fattispecie in esame, v. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, 12, 4314 ss.

²⁵ Cfr. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, cit., 11 ss.

²⁶ Per una interessante analisi della disciplina, comprensiva di una indagine sui dati statistici del fenomeno, v. PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, 1181 ss., 1182-1183; con specifico riferimento alla politica criminale adottata in tema di, cosiddetto, femminicidio, PULITANO, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 246, evidenzia come «l'inasprimento delle pene edittali è il tipo di risposta ricorrente lungo la storia delle riforme 'di parte speciale', dagli anni '70 ad oggi. Un *trend* che si è intrecciato con riforme di parte generale volte a consentire mitigazioni del trattamento, affidate alla discrezionalità giudiziaria e a istituti nuovi, in *primis* l'ordinamento penitenziario».

In questo panorama normativo è stata introdotta la recente riforma del 2019.

2. *La conferma dei precedenti orientamenti nella l. n. 69/2019. L'art. 612-ter c.p., erroneamente noto come "revenge porn".* La l. n. 69/2019, rubricata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»²⁷, e più nota sotto i nomi di "codice rosso" e, in maniera inesatta, "*revenge porn*", determina l'introduzione di alcune nuove fattispecie all'interno del codice penale, l'inasprimento del regime sanzionatorio per fattispecie codicistiche già vigenti, tra cui violenza sessuale e atti persecutori, nonché, sul piano procedurale, la creazione di un canale preferenziale, accelerato, per alcune specifiche fattispecie delittuose²⁸.

In ordine agli aspetti sostanziali della riforma, vanno affrontati, su tutti, i temi della effettiva irrinunciabilità delle nuove fattispecie introdotte²⁹, delle tecniche di redazione adottate, della relativa adeguatezza sia con riferimento alla collocazione codicistica, sia sul piano della conformità a sistema, nonché della

rio». (...) «Chi 'dà i numeri' degli aumenti di pena li presenta come rafforzamento della tutela». (...) «Il messaggio populista funziona [prosegue l'Autore]: inteso a coagulare consensi, è a ciò idoneo, ha una sua razionalità rispetto ai suoi scopi di *politique politicienne*», e, con riferimento a tali interventi legislativi, pone l'interrogativo: «Parole o fatti? O meglio: anche fatti, oltre il fatto dello scrivere parole e numeri in nuovi testi di legge?».

²⁷ L. n. 69/2019, in *Gazz. Uff.* n. 173 del 25.7.2019.

²⁸ Da qui la formula "codice rosso", per indicare alcune fattispecie a cui destinare, sul piano procedurale, un "trattamento urgente", accelerato, sul punto, v. PORTALUPI-VILLASI, *Presente e futuro della violenza di genere. A che punto siamo dopo il codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, 4, 71 ss.; VALSECCHI, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 163 ss.; *Corte Suprema di Cassazione, Rel. n. 62/19, Relazione su novità normative, Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 27.10.2019, 1 ss., 4 ss.; per una analisi critica delle procedure preferenziali disposte per le fattispecie introdotte, v. ALGERI, *Il cd. codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime della violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, 1363 ss.; RUSSO, *Emergenza "Codice Rosso". A proposito della legge 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Sist. pen.*, 2020, 1, 5 ss.; sulla natura retributiva dei discutibili aumenti sanzionatori, v. PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., 1184.

²⁹ È stata sostenuta l'utilità della introduzione del reato di cui all'art. 612 *ter* c.p., in un'ottica di funzione stigmatizzante della stessa, cfr. PARODI, *Revenge porn: una risposta sanzionatoria adeguata?*, in *www.ilpenalista.it*, 10 settembre 2019, 1 ss., 2, ed anche ID., *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 2 febbraio 2020, 1 ss., 2; in senso conforme, MATTIA, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18 luglio 2019, 1 ss.

dubbia ragionevolezza ed effettività degli aumenti di pena ai quali si è fatto cenno³⁰.

Uno degli aspetti di maggior impatto mediatico è senz'altro rappresentato dalla introduzione, all'interno del codice penale, nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, dell'art. 612 *ter* c.p. intitolato "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", comunemente, quanto erroneamente, noto come "revenge porn"³¹.

Il significato della locuzione *revenge porn* letteralmente include il concetto di vendetta, e coincide con «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»³². Pertanto, la corrispondente incriminazione dovrebbe avere ad oggetto, precisamente, la diffusione, tramite internet, di immagini o video privati, a contenuto sessuale, realizzata da un *ex partner* della vittima al fine specifico di nuocerle o punirla.

Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie a forma vincolata, "di mano propria"³³, a dolo specifico, la cui tecnica di redazione di natura casistica, in un sistema da Stato sociale di diritto osservante dei basilari corollari del principio di legalità, quale il nostro³⁴, lascerebbe prive di tutela tutte quelle ipotesi con-

³⁰ V. CALETTI, *Revenge porn e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 63 ss., 82 ss.; BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice Rosso*, cit., 78 ss.; VALSECCHI, *Codice rosso e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., 163 ss.

³¹ V. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612ter c.p.*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 gennaio 2020, 1 ss., 4 ss.

³² www.dictionary.cambridge.org.

³³ V. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 188-190.

³⁴ Per tutti, in proposito, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 7 ss.; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 2-3, 179 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, 199, 351, 353 ss.; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 770 ss.; MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*, 11 ss.; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Napoli, 1997, 1 ss.; ID., *Legalità e flessibilità dell'intervento penale*, in *Crit. dir.*, 2002, 3-4, 239 ss.; PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di Cavaliere -Longobardo-Masarone-Schiaffo-Sessa, Napoli, 2017, 475 ss.; PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Padova, 2005, 27

crete in cui la medesima offesa venisse realizzata da un soggetto diverso dall'ex partner, per fini differenti da quello descritto, mediante uno strumento di comunicazione diverso da internet.

Incentrate sul criterio di imputazione a titolo di dolo specifico risultano le fattispecie introdotte precedentemente nei sistemi di *common law*³⁵.

Nell'ordinamento inglese (Section 33 of the Criminal Justice and Courts Act 2015), infatti, il *revenge porn* è definito come «*an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made, without the consent of the individual who appears in the photograph or film, and with the intention of causing that individual distress*»³⁶.

Da tale impostazione non si discostano neppure le fattispecie introdotte nel codice penale degli Stati, tra gli altri, di Maryland³⁷ e California³⁸, entrambe caratterizzate dalla necessità della specifica intenzione di causare nella vittima un «*serious emotional distress*».

Il raffronto con altre esperienze straniere, la centralità della diffusione del fenomeno sul *web* legata a noti quanto tragici casi di cronaca, la correlata progressiva centralità della *privacy* nel contesto e nel dibattito normativo euro-

ss.

³⁵ Sul tema, v. CALETTI, *Revenge porn e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., 67 ss.

³⁶ <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/revenge-pornography-guidelines-prosecuting-offence-disclosing-private-sexual>.

³⁷ Code of Maryland, Section 809-3: è punito chi «*disclose(s) a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of the image of another person whose intimate parts are exposed or who is engaged in an act of sexual contact, without the consent of the other person and with the intent to cause serious emotional distress, intentionally cause(s) serious emotional distress to another by intentionally placing on the internet an identifiable a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of the image of the other person that reveals the identity of the other person with his or her intimate parts exposed or while engaged in an act of sexual contact: - knowing that the other person did not consent to the placement of the image on the internet; - under circumstances in which the other person had a reasonable expectation that the image would be kept private*».

³⁸ Code of California, Section 647: è punito chi «*intentionally distributes the image of the intimate body part or parts of another identifiable person, or an image of the person depicted engaged in an act of sexual intercourse, sodomy, oral copulation, sexual penetration, or an image of masturbation by the person depicted or in which the person depicted participates, under circumstances in which the persons agree or understand that the image shall remain private, the person distributing the image knows or should know that distribution of the image will cause serious emotional distress, and the person depicted suffers that distress. Who intentionally distributes an image described in subparagraph (A) when he or she personally distributes the image, or arranges, specifically requests, or intentionally causes another person to distribute that image*».

peo, hanno indotto anche il legislatore italiano a procedere, mediante l'art. 10 l. n. 69/ 2019, alla introduzione di uno specifico titolo di reato³⁹.

2.1. *“La diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito”*. La norma di cui all'art. 612-ter c.p. prevede che, «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 15.000». Al secondo comma è prevista la stessa pena per «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». Al comma successivo è prevista un'aggravante a effetto comune «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»⁴⁰. L'aggravante diviene a effetto speciale, aumento da un terzo alla metà della pena base, «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».

Sul piano della tecnica di redazione, si confermano le criticità già descritte con riguardo a precedenti interventi nel settore, e derivanti soprattutto

³⁹ All'art. 40 della Convenzione di Istanbul del 2011, è previsto che «le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che qualsiasi forma di comportamento indesiderato verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, segnatamente quando tale comportamento crea un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, sia sottoposto a sanzioni penali o ad altre sanzioni legali».

⁴⁰ PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., 1184, evidenzia come «non [sia] del tutto chiaro perché la violenza nel rapporto di coppia debba essere punita più severamente indipendentemente da chi ne sia l'autore e da chi ne sia la vittima»; con riguardo all'aggravante della diffusione del mezzo telematico e sulla relativa potenzialità ad amplificare gli effetti di alcune condotte penalmente rilevanti, v. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Milano, 2019, 35 ss.; ID., *Reati informatici*, in *Enc. Giur., Agg.*, vol. VIII, Roma, 2000, 1 ss.; PICA, *Internet (Voce)*, in *Dig. disc. pen., Agg. II*, Torino, 2004, 425 ss.; PLANTAMURA-MANNA, *Diritto penale e informatica*, Bari, 2007, *passim*; AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612ter c.p.*, cit., 34.

dall'uso di formule indeterminate e di una descrizione casistica delle condotte.

La giurisprudenza sarà chiamata, infatti, a fornire interpretazioni per l'applicazione di concetti quali il «contenuto sessualmente esplicito»⁴¹ degli atti, la relativa «destinazione a rimanere privati»⁴², la sussistenza di «un legame affettivo, presente o passato» tra l'autore e la vittima che dia vita alla circostanza aggravante di cui al terzo comma dell'art. 612 *ter* c.p.

Con riferimento alla elencazione delle condotte descritte nel precetto – invio, consegna, cessione, pubblicazione, diffusione –, c'è da osservare che queste sono le medesime, sia nel primo sia nel secondo comma; la differenza è nella condotta presupposta, ossia, nell'aver realizzato o sottratto le immagini o il video, nella ipotesi di cui al primo comma, ed averli, invece, ricevuti o comunque acquisiti nella ipotesi del secondo comma.

A tal riguardo, desta perplessità la equiparazione sanzionatoria tra differenti modalità di aggressione al bene, che presentano differenti capacità di intensità offensiva⁴³.

Infatti, le prime tre condotte – invio, consegna, cessione – possono risultare destinate anche ad un solo destinatario, e sono caratterizzate da una idoneità di aggressione al bene verosimilmente più lieve rispetto alle condotte di pub-

⁴¹ In tal senso, VALSECCHI, «Codice rosso» e diritto penale sostanziale: le principali novità, cit., 163 ss.; DE SANTIS, Codice rosso. Le modifiche al codice penale, in *Studium Juris*, 2020, 1, 1 ss., 5; PARODI, La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber, cit., 4-5; ROMANO, L'introduzione dell'articolo 612ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69), in *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di Romano-Marandola, Pisa, 2020, 105 ss., 106, evidenzia come, [seppur sulla scorta degli orientamenti interpretativi creati in ordine alla formula simile adottata nell'ultimo comma dell'art. 600 *ter* c.p.], «sarà la giurisprudenza a dovere ricostruire la nozione di «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito»».

⁴² Per un articolato tentativo di analisi interpretativa della locuzione, v. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612ter c.p.*, cit., 21 ss.; sul tema, in senso critico, ROMANO, *L'introduzione dell'articolo 612ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 106; al riguardo, la Corte Suprema di Cassazione, Rel. n. 62/19, *Relazione su novità normative, Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., 19, evidenzia come «l'espressione semantica «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito», [risult] suscettibile, per la sua intrinseca genericità, di ingenerare difficoltà interpretative e, perciò, potenzialmente lesiva dei principi della riserva di legge e di tassatività cristallizzati all'art. 25 Cost.».

⁴³ AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612ter c.p.*, cit., 27 ss.

blicazione e diffusione che, per definizione, sono destinate ad una molteplicità più estesa, potenzialmente indeterminata, di soggetti⁴⁴.

Inoltre, si registra che, seppure le due condotte di “sottrazione” di cui al primo comma e dell’“aver comunque [genericamente] acquisito” il materiale, di cui al secondo comma, possano risultare sovrapponibili a causa della loro indeterminatezza, la seconda viene considerata di minore gravità, tanto da rilevare esclusivamente in presenza del dolo specifico di recare nocimento alla vittima⁴⁵.

Riguardo alla circostanza aggravante di cui al terzo comma, al di là della difficoltà di definire in maniera sufficientemente determinata il legame da “relazione affettiva”, un aggravio di sanzione basato sulla qualità dell’autore, in termini di «coniuge, anche separato o divorziato, o persona che è, o è stata, legata da relazione affettiva alla persona offesa», rischia di collocarsi nell’ambito della cosiddetta colpa d’autore, e dunque di presentare le note, conseguenti problematiche⁴⁶.

Al fine di poter adeguatamente valutare la congruità e la adeguata collocazione sistematica della norma, nonché il rapporto con altre fattispecie già vigenti, appare opportuno affrontare il tema della esatta definizione della oggettività giuridica.

2.2. Il bene giuridico della riservatezza come legittimo oggetto di tutela penale. Riguardo al bene giuridico tutelato dalla fattispecie in esame, si è ritenuto

⁴⁴ MATTIA, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., 13; ROMANO, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 106; VALSECCHI, *“Codice rosso” e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., 163 ss.

⁴⁵ Per un punto di vista critico, BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., 7, secondo cui «la presenza di questo dolo specifico, (...) risulta del tutto incongrua, escludendo incomprensibilmente la rilevanza penale del caso, ad esempio, in cui l'agente diffonda le immagini per scommessa, per vanteria nei confronti di amici, e così via»; sulle relative difficoltà applicative, v. DE SANTIS, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., 5; AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612ter c.p.*, cit., 18 ss.

⁴⁶ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 157 ss.

che possa essere costituito dalla riservatezza⁴⁷, in un'ottica di libertà di manifestazione e sviluppo della propria personalità, nel caso di specie in ambito sessuale, appartenente al più ampio bene giuridico, di categoria, della libertà morale⁴⁸.

Tale acquisizione consente di ritenere superato l'orientamento che, ad esempio, nel 1974, portò all'inserimento del reato di "Interferenze illecite nella vita privata" tra i delitti contro il domicilio. Seppure la elaborazione di tale fattispecie fosse finalizzata alla tutela della sfera intima dell'individuo, fu piuttosto inserita nella Sezione dei delitti contro la inviolabilità del domicilio, in quanto venne ritenuto dal legislatore dell'epoca che tale bene giuridico, a differenza della riservatezza personale, trovasse, in osservanza dell'art. 14 Cost., esplicito riconoscimento costituzionale; in tal modo, tuttavia, «alla vita privata [è stata fornita] una tutela (...) del tutto parziale ed inadeguata»⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. ROMANO, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 105 ss.; Corte Suprema di Cassazione, Rel. n. 62/19, Relazione su novità normative, *Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., 19; PATRONO, *Privacy e vita privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 1 ss., 3, evidenzia come «la *privacy* [abbia] (...) un doppio, fondamentale contenuto: a) quello tradizionale di «diritto ad esser lasciato solo», che può sinteticamente definirsi come diritto alla conoscenza esclusiva delle vicende relative alla propria vita privata: assenza, quindi, di informazioni su noi stessi da parte degli altri; b) quello emerso con più frequente riferimento alla tematica dei «*computer crimes*», che può definirsi come diritto-interesse al controllo dei propri dati personali»; sulla tutela della riservatezza nel *cyberspace*, v. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati. Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, 21 ss.

⁴⁸ ROMANO, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 106, afferma che «con il delitto di cui all'art. 612 *ter* si intende tutelare la libertà della persona, gravemente vulnerata sul piano della vita di relazione poiché violata nella propria sfera sessuale»; per PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51 ss., 54, «la lesione più grave appartiene (...) all'ambito della libertà morale»; per PARODI, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, cit., 2, si tratta di «un reato indubbiamente plurioffensivo - diretto a tutelare non solo la libertà di autodeterminazione dell'individuo, quanto anche il decoro, la reputazione e il diritto alla riservatezza, in relazione alla vita sessuale»; sulla definizione del concetto di libertà morale, quale bene giuridico di categoria oggetto di tutela delle fattispecie previste dagli artt. 610 ss. c.p., sia pur in tempi antecedenti alla riforma in esame, v. MEZZETTI, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 267 ss.

⁴⁹ PATRONO, *Privacy e vita privata*, cit., 1 ss., 2, 13, in cui l'A. precisa anche che la fattispecie di cui all'art. «615 *bis* (interferenze illecite nella vita privata) [sep]pur formalmente inserita tra i delitti contro l'inviolabilità di domicilio, attua, per la prima volta una tutela 'esplicita' (diretta ed esclusiva) di alcuni aspetti della vita privata».

La legittimazione normativa della tutela penale della riservatezza, in conformità con quanto avviene per tutti gli altri beni giuridici, va rinvenuta nella natura funzional-personalistica dell'interesse da proteggere, che trova riconoscimento nei fondamentali principi costituzionali⁵⁰.

In linea generale, risulta oramai quasi del tutto pacificamente accolta l'acquisizione secondo cui i beni meritevoli di tutela penale siano quei beni costituzionali primari della persona, la cui lesione comporti un pregiudizio del singolo o di una collettività di individui⁵¹, paragonabile alla restrizione della libertà personale⁵².

Nell'ambito di una legittima ricostruzione del concetto di bene giuridico, fondata sull'osservanza dei parametri assiologico-normativi vincolanti nel nostro ordinamento⁵³, un primo riferimento utile è rappresentato dalla tutela della libertà e personalità dell'individuo, nel contestuale rispetto di prerogative superindividuali⁵⁴.

⁵⁰ Sulla concezione personalistica del bene giuridico, cfr., per tutti, HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di Frommell-Kaufmann-Phillips-Schoeller, Heidelberg, 1989, 85 ss.; e sul suo fondamento costituzionale, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 161 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 8 ss.; ID., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano 1984, 99 ss.; HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Delitti*, 1984, 104 ss.; MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1998, 324 ss.; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss., 355 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 173 ss.; ID., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 66; PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.

⁵¹ Tra gli altri, cfr. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione. Diritto e processo penale*, a cura di Giostra-Insolera, Milano, 1998, 133 ss., 152.

⁵² BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.; per una differente prospettiva, v. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 23 ss., 49 ss.

⁵³ Sulla vincolatività della Costituzione in quanto fonte gerarchicamente sovraordinata, per tutti, in questa sede, BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 191 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 179 ss.; ID., *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 199 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 32 ss.; ID., *La perenne emergenza*, cit., 11 ss.; RICCIO, *Responsabilità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 1 ss., 3.

⁵⁴ Per tutti, MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit., 1741-1742.

Da tale impostazione non deriva un'idea sistematica di valore, assolutamente predefinita, quanto piuttosto la configurazione di un sistema aperto, capace di adattarsi alle concrete contingenze della tutela penale. Le valutazioni ordinali, dunque, non risultano cristallizzate in un modulo normativo precostituito ed imm modificabile ma, tramite la clausola aperta dell'art. 2 Cost., risulta possibile un costante adeguamento all'evoluzione dei rapporti sociali. Sovvente, per quanto riguarda eventuali nuovi beni giuridici da tutelare, si tratta in realtà di selezionare nuove, probabilmente più sofisticate, modalità di aggressione, rivolte a beni giuridici tradizionali⁵⁵.

Una lettura sistematica della Carta fondamentale rappresenta un utile strumento al fine della individuazione di legittime oggettività giuridiche della tutela penale⁵⁶. E dal carattere personalistico-solidaristico della nostra Costituzione⁵⁷ emerge che il bene giuridico va individuato nel rapporto tra un interesse concretamente esistente nella realtà ed il pieno sviluppo della personalità dell'individuo⁵⁸. A tal riguardo, risulta sempre attuale ed illuminante la riflessione secondo cui «fondamento naturale del bene giuridico è la vita»⁵⁹.

Nella materia che ci occupa, il riconoscimento della rilevanza costituzionale del bene giuridico della riservatezza, intesa come diritto alla libertà di esprimere sé stessi, e di non essere costretti a condividerla con altri⁶⁰ - derivazione

⁵⁵ MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit., 1742.

⁵⁶ Per tutti, in questa sede, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 161 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 7 ss.; DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di riconoscibilità dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 51 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penale*, in *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di Insolera-Mazzacava-Pavarini-Zanotti, Torino, 2000, 288 ss.; ID., *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Delitti*, 1998, 29-48; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 173 ss.

⁵⁷ MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1012; PERLINGIERI-MESSINETTI, *Artt. 2, 3*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di Perlingieri, Napoli, 2001, 6 ss.

⁵⁸ Sulla 'personale *Rechtsgutslehre*', v. *supra* nota n. 49, per tutti, HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* cit., 85 ss.

⁵⁹ HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 106.

⁶⁰ Per tutti, sin da ora, v. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995, 19 ss.; ID., *Progresso tecnico e problemi istituzionali nella gestione delle informazioni*, in *Privacy e banche dati*, a cura di Matteucci, Bologna, 1981, 30 ss.; BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1069 ss.

ed ampliamento del *right to be let alone*⁶¹ -, può ricavarsi da una lettura integrata, tra gli altri, degli artt. 2, 3, 14, 15, 21 Cost.⁶².

Nell'ambito di tale ricostruzione, un ruolo decisivo e diffusamente riconosciuto è svolto dagli artt. 2 e 3 Cost., insieme con le indicazioni derivanti dagli artt. 8 co. 1 CEDU, 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e 16, co. 1 TFUE⁶³.

⁶¹ Per tutti, WARREN-BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193 ss.; nel nostro ordinamento, i primi riconoscimenti dell'esigenza di riconoscere il «diritto alla riservatezza», si devono a RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938, 174 ss.; RESCIGNO, *Il diritto ad essere lasciati soli*, in *Synthese per Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. I, Napoli, 1964, 98 ss.

⁶² Nell'ambito della ricostruzione della rilevanza costituzionale del bene giuridico riservatezza, PATRONO, *Privacy e vita privata*, cit., 18 ss. 18, afferma che l'art. 2 Cost. assume "senza dubbio" il ruolo di principio base cui fare riferimento; già in precedenza in tal senso, VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, 24 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 40 ss.; BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, cit., 1069 ss.; per MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 204 ss., il concetto di riservatezza presenta caratteristiche di eccessiva indeterminatezza per assurgere a legittimo bene giuridico; per una trattazione delle problematiche connesse con una eccessiva "componente individualizzante" nella definizione del concetto di riservatezza, che osta ad una pacifica configurabilità dello stesso quale legittimo oggetto di tutela penale, v. S. FIORE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1998, 1 ss., 3, l'A., ponendo in discussione la sufficiente determinatezza ed afferrabilità della riservatezza, (p. 4) evidenzia la necessità di «determinare legislativamente la natura delle informazioni personali che, per il loro particolare contenuto, devono godere di una maggiore tutela»; per una attenta e critica disamina delle differenti posizioni in ordine alla configurabilità o meno del legittimo bene giuridico della riservatezza, v. VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 1 ss.; sul tema, v. MANNA, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, in *www.privacy.it*, 25 novembre 2003, 1 ss., 11 ss.; MUCCIARELLI, *Informatica e tutela penale della riservatezza*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di Picotti, Padova, 2004, 173 ss.; NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, 43 ss.; sul bene giuridico della riservatezza, come oggettività giuridica di riferimento del delitto di trattamento illecito di dati (personali), v. TRONCONE, *La tutela penale della riservatezza e dei dati personali*, Napoli, 2020, 106 ss., 139 ss.

⁶³ Per una ricostruzione del concetto di riservatezza operata alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612ter c.p.*, cit., 13, afferma che per "diritto alla riservatezza sessuale" debba intendersi quale «prerogativa fondamentale per garantire la libera costruzione della propria identità e l'espressione della propria emotività (artt. 2 Cost.; art. 8 co. 1 Cedu; art. 16, co. 1 TrFUE), necessaria anche a salvaguardare la possibilità di ognuno di partecipare pienamente e paritariamente alla vita sociale, senza venire arbitrariamente ridotti a un corpo nudo, a un organo riproduttivo, o alle proprie inclinazioni affettive (art. 3 Cost.)»; per PATRONO, *Privacy e vita privata*, cit., 18 ss., 18, «l'art. 2 Cost. va letto secondo quello che è l'insegnamento di illustre dottrina, alla luce dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948): "nessun individuo può essere sottoposto ad interferenze nella sua vita privata [...]", e dell'art. 8 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (4 novembre 1950), che afferma il "diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare", che assumono, rispetto alla norma costituzionale, sicuro carattere interpretativo»; VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, 1, 24 ss., già prima

La tutela dei «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», la tutela della dignità⁶⁴, la prospettiva del pieno sviluppo della persona nella sua dimensione sia individuale sia sociale⁶⁵, sono espressione dei valori fondamentali del nostro impianto costituzionale, nell'ambito del quale non può non trovare legittimo riconoscimento la tutela penale della «riservatezza [intesa come] interesse della persona a mantenere nell'ambito della propria sfera privata quegli atti o quelle vicende che la persona stessa desidera restino tali, impedendo l'attività dei terzi che vogliono divulgarle rendendole di pubblico dominio»⁶⁶.

evidenziava il ruolo decisivo, in tale processo ricostruttivo, dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁶⁴ Per VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, cit., 1 ss., 4, «la natura costituzionale in via originaria della riservatezza emergerebbe dalla valutazione unitaria degli artt. 13, 14, 15, 21, 27 co.2, 29 co.1 Cost., che, pur considerando ciascuno singoli aspetti della riservatezza, sembrano complessivamente coprire tutti i momenti più significativi. La rilevanza costituzionale della riservatezza risulterebbe altresì dagli artt. 3 e 41, nonché dall'art. 32 Cost., nella misura in cui garantiscono, rispettivamente, la dignità e il rispetto della persona umana. Particolarmente consolidata si rivela quella linea interpretativa secondo la quale il diritto alla riservatezza trova fondamento costituzionale originario nell'art. 2 Cost., poiché, trattandosi di un aspetto connaturato alla personalità umana, costituisce diritto inviolabile dell'uomo; o anche soltanto in via di recezione successiva, in quanto la norma in questione, quale «clausola aperta», è in grado di recepire ogni interesse di nuova emersione che integri un'esigenza inviolabile della personalità»; fondamentale, sul tema, MANTOVANI, *Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani*, in *Arc. giur. Filippo Serafini*, 1968, 356 ss., 390; sulla tutela dei valori dell'uguaglianza e della dignità, posti a fondamento delle incriminazioni introdotte dalla l. n. 69/2019, v. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2020, 1 ss., 6 ss.

⁶⁵ Per tutti, MOCCLA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1012; PERLINGIERI-MESSINETTI, *Artt. 2, 3*, in *Commento alla Costituzione italiana*, cit., 6 ss.

⁶⁶ BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, cit., 1069 ss., 1076; per MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, Milano, 1968, 1 ss., secondo cui la «riservatezza corrisponde al diritto alla conoscenza esclusiva delle proprie vicende»; FURFARO, *Riservatezza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2008, 1 ss., 7, definisce la riservatezza «come diritto del soggetto di vietare ad altri la conoscenza di ciò che fa o che dice»; sul tema, PATRONO, *Privacy e vita privata*, cit., 18 ss.; con riferimento al riconoscimento di sfere della persona che, seppur non espressamente codificate, tuttavia possono costituire legittime oggettività giuridiche di tutela penale, FIANDACA-MUSCO, *Persona (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 515 ss., 516, evidenziano come, «le opzioni classificatorie compiute in sede di codificazione sono soggette a una molteplicità di variabili (...). È pertanto ben possibile che, ad una riflessione emancipata da una rigida soggezione agli schemi legislativi di partizione delle materie, emergano già all'interno dello stesso codice altri settori in fondo riconducibili alla prospettiva di una tutela penale della persona», con particolare riferimento alla tutela penale della riservatezza, quale espressione di un diritto della personalità (*op. cit.*, 519); sul tema della riservatezza come uno dei diritti della personalità, senza pretese di esaustività, ARCUDI-POLI, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 2000, 12 ss.; BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.; MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 355; AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 283 ss.; GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*,

2.3. *Funzione esegetica del bene giuridico e rapporti con altre fattispecie.* La definizione del bene giuridico permette di operare, tenendo conto della sua funzione anche esegetica⁶⁷, una comparazione tra la norma in esame ed altre che, già vigenti nel nostro ordinamento, se non altro *prima facie* potrebbero apparire idonee a disciplinare i medesimi fatti⁶⁸.

È stato ritenuto che la condotta di “diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito” risultasse offensiva dell’onore e della reputazione della vittima, e dunque le relative fattispecie concrete potessero essere sussunte sotto il reato di diffamazione, se non altro nell’ambito della ipotesi aggravata dell’utilizzo di «qualsiasi altro mezzo di pubblicità»⁶⁹.

Tuttavia, seppure è possibile che alcune ipotesi da ricondurre nell’alveo applicativo di cui all’art. 612 *ter* c.p. possano coinvolgere anche l’onore e la reputazione della vittima, come pure, probabilmente, in via indiretta la sua salute psichica, l’offesa a tali oggettività giuridiche risulta una conseguenza solo secondaria ed eventuale della condotta.

Il bene giuridico tutelato dall’art. 612 *ter* c.p. è rappresentato dalla riservatezza personale, ovvero nell’interesse a mantenere nell’ambito della propria sfera privata atti e vicende che la persona stessa desidera restino private⁷⁰ – per il

in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1 ss., 1, evidenzia come vengano tradizionalmente ricondotti a tale concetto «il diritto alla vita privata, il diritto alla intimità personale, il diritto a essere lasciati soli».

⁶⁷ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 3 ss., 20; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 179 ss.

⁶⁸ Sul tema, v. ROMANO, *L’introduzione dell’articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 105 ss.; ORLANDO, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 180 ss., 183 ss.

⁶⁹ V. DE SANTIS, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., 3 ss.; MATTIA, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all’imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., 10, 71; ADAMO, *L’inquadramento normativo del Revenge porn: un illecito plurioffensivo*, in *www.diritto.it*, 21 gennaio 2020, 1 ss., 9 ss.; BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal codice Rocco al codice Rosso*, cit., 88 ss.; CALETTI, *Revenge porn e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., 83 ss.; PARODI, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, cit., 3 ss.; VALSECCHI, *“Codice rosso” e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., 163 ss.; per un’analisi critica della “diffamazione a mezzo internet”, con una particolare attenzione al ruolo dell’offensività, si veda LONGOBARDO, *Il ruolo dell’evento nella diffamazione a mezzo internet*, in *Crit. dir.*, 3-4, 2000, 504 ss.

⁷⁰ Sulla tutela della riservatezza nel *cyberspace*, v., per tutti, PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati. Il diritto penale dell’informatica nell’epoca*

caso che ci occupa, di natura sessuale –, e tale interesse, pur potendo comprenderli, risulta differente rispetto ai beni tradizionalmente tutelati dalla fattispecie di diffamazione⁷¹.

Altra utile comparazione risulta essere quella con l'art. 167 co. 2 del Codice della privacy (d.lgs. 196/2003 e successive modifiche)⁷², così come modificato dal recente d. lgs. n. 101/2018, in tema di «trattamento illecito dei dati personali», secondo cui, salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a tre anni «chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli artt. 9 e 10 del Regolamento in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 2 *sexies* e 2 *octies*, o delle misure di garanzia di cui all'art. 2 *septies* ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'art. 2 *quinqüesdecies*, arreca nocumento all'interessato».

A tal riguardo, appare opportuno verificare gli aspetti comuni presentati dalle due norme; in particolare, è stato affermato che il “nocumento” di cui all'art. 167 cod. *privacy* possa essere rappresentato anche dalla «propalazione da parte dell'indagato di informazioni relative alla vita sessuale della persona offesa»⁷³.

di Internet, cit., 21 ss.

⁷¹ DE SANTIS, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., 4, pone in evidenza che «la disposizione incriminatrice del reato di diffamazione non appare pienamente idonea a fotografare la reale dimensione offensiva espressa dalla condotta oggetto di esame. Non può omettersi di considerare (...) che l'art. 595 c.p. si configura quale fattispecie posta a presidio della reputazione, intesa quale “onore in senso oggettivo”, ossia quale valutazione dei consociati rispetto alla personalità morale e sociale dell'individuo e stima di cui lo stesso gode nella collettività di appartenenza; e presidia tale bene giuridico. Al contrario, le condotte criminose rientranti nel fenomeno del c.d. *revenge porn* ben possono travalicare i confini di tale dimensione offensiva, [...] esprimendo una lesività – concreta o potenziale – che coinvolge in maniera diretta i beni giuridici della libertà morale e sessuale, se non addirittura dell'integrità psicofisica della vittima».

⁷² D.lgs. 196/2003, in *Gazz. uff.*, n. 174/2003, coordinato con il d.lgs. n. 101/2018, di adeguamento al *GPDR*, in *Gazz. uff.* del 4.9.2018; sull'art. 167 cod. *privacy*, all'esito delle recenti riforme, MANES-MAZZACUVA, *GDRP e nuove disposizioni penali del codice della privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 171 ss.; RESTA, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Milano, 2019, 1020 ss.; ORLANDO, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., 178 ss., 188 ss.; sempre attuale sul tema, seppur in tempi precedenti alle più recenti riforme, MANNA, *Il commento sub Codice della privacy: nuove garanzie per i cittadini nel Testo Unico in materia di protezione dei dati personali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1 ss., 17 ss.; ID., *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di Fioravanti, Milano, 2001, 339 ss.

⁷³ Cass., Sez. III, 7 febbraio 2017, n. 29549, in *Codice delle leggi penali speciali*, Piacenza, 2019, 2992.

Con riferimento alla definizione di “dati personali”, all’art. 4 cod. *privacy* è affermato che è tale «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile».

Per «trattamento», l’art. 4 cod. *privacy* chiarisce che va intesa «qualunque operazione, o complesso di operazioni, effettuate anche senza l’ausilio di strumenti elettronici, concernenti [tra le altre, le attività di] raccolta, registrazione, estrazione, utilizzo, comunicazione, diffusione (...) di dati». Decisivo ai fini della presente indagine appare il riferimento, di cui al secondo comma dell’art. 167 d.lgs. n.196/2003, ai “dati di cui agli artt. 9 e 10 del Regolamento europeo”, tra cui, espressamente, quelli «relativi alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona»⁷⁴.

In considerazione della marginalità occupata dalla richiamata disciplina di cui agli artt. 2 *sexies*, 2 *septies*, 2 *octies*, 2 *quingiesdecies* nella materia che ci occupa, sembra che la fattispecie oggettiva del reato di “diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito” possa rientrare nel perimetro della incriminazione di cui all’art. 167 co. 2 cod. *privacy*. Riguardo alla fattispecie soggettiva, tale ultima fattispecie prevede soltanto l’imputazione a titolo di dolo specifico.

In una visione *de lege ferenda*, occorrerebbe rivedere la struttura del precetto, superando l’amministrativizzazione della tutela e il rischio della tutela di funzioni amministrative di controllo, presenti nella legislazione speciale in materia di dati personali⁷⁵; inoltre, potrebbe risultare preferibile una imputazione a titolo di dolo generico⁷⁶.

Anche la norma in tema di «interferenze illecite nella vita privata», introdotta nel nostro ordinamento nel 1974 mediante l’art. 615 *bis* c.p., nonostante la sua collocazione sistematica nella Sezione dei delitti contro la inviolabilità del

⁷⁴ Per una dettagliata analisi degli elementi essenziali della fattispecie di cui all’art. 167 cod. *privacy*, v. PARODI, *La nuova disciplina penale della riservatezza*, in www.ilpenalista.it, 9 novembre 2018, 1 ss.; con una particolare attenzione anche alla corretta definizione della relativa oggettività giuridica, v. ORLANDO, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., 178 ss., 188 ss.

⁷⁵ Per tutti, MANNA, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, cit., 1 ss.; GIANNANTONIO, *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 1 ss.; TRONCONE, *La tutela penale della riservatezza e dei dati personali*, cit., 106 ss.; fondamentale sul tema, in generale, MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, cit., 343 ss.

⁷⁶ V. *infra*, par. 4.

domicilio⁷⁷, potrebbe risultare utile per la disciplina di alcune delle fattispecie concrete che oggi vengono sussunte sotto l'art. 612 *ter* c.p.; ossia, in specie, le condotte di chi, "procurandosi indebitamente" immagini o video ripresi esclusivamente nel domicilio o nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p. (e dal "contenuto sessualmente esplicito"), li «diffonda mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico».

In tal caso, siamo di fronte ad un'ipotesi di specialità reciproca tra norme, che si risolve a favore della più recente fattispecie del 2019 in considerazione della clausola di sussidiarietà espressa contenuta nel secondo comma dell'art. 615 *bis* c.p.

Ulteriore fattispecie che viene in rilievo è la «Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente» che, introdotta nel 2017 mediante l'art. 617 *septies* c.p.⁷⁸, è stata collocata, nell'ambito dei delitti contro la libertà individuale, nella specifica Sezione dei delitti contro la inviolabilità dei segreti.

In relazione alle condotte che possono interferire con l'art. 612 *ter* c.p., l'art.617 *septies* c.p. rende punibile con la reclusione fino a quattro anni (dunque, con pena più lieve) chiunque, con il dolo specifico di recare danno alla altrui reputazione o immagine, diffonda, con qualsiasi mezzo, riprese video compiute fraudolentemente di incontri privati (eventualmente anche comprendenti condotte sessualmente esplicite) svolti in presenza o con la partecipazione della vittima.

Innanzitutto, emerge il dolo specifico di offesa alla reputazione o all'immagine della vittima, interessi connessi con il bene giuridico dell'onore, in una fattispecie che dovrebbe essere stata predisposta per la tutela dei segreti.

L'articolato rapporto tra le due norme fa sorgere non pochi problemi sul piano della relativa applicabilità⁷⁹. Qualora la condotta presupposto sia rappresentata dalla "ripresa fraudolenta" di "materiale sessualmente esplicito", la

⁷⁷ Per tutti, PATRONO, *Privacy e vita privata*, cit., 1 ss., 2; VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, cit., 1 ss., 6 ss.

⁷⁸ D.lgs. n. 216/2017, in *Gazz. uff.*, n. 8 del 11.1.2018.

⁷⁹ Per una esaustiva analisi critica in ordine ai rapporti «non semplici e lineari tra le due fattispecie», v., per tutti, ROMANO, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 105 ss., 109.

fraudolenza dell'acquisizione è elemento specializzante descritto nell'art. 617 *septies* c.p., che tuttavia potrebbe rientrare anche nei più ampi concetti di 'realizzazione' e 'comunque acquisizione' di cui all'art. 612 *ter* c.p., rispettivamente primo e secondo comma; ma il contenuto sessualmente esplicito del materiale è peculiarità di quest'ultima.

Riguardo alla fattispecie soggettiva, se la "ripresa fraudolenta" di "materiale sessualmente esplicito" viene realizzata con dolo generico, troverà applicazione il primo comma dell'art. 612 *ter* c.p. Se, invece, il dolo è specifico, ed è finalizzato al danno alla reputazione o all'immagine della vittima, si pone un ulteriore problema di specialità, derivante dagli indefiniti confini descrittivi delle due norme; infatti, seppure tale elemento soggettivo rientra nel più ampio, ma pur sempre specifico, dolo di "recare nocimento alla persona offesa" di cui al secondo comma dell'art. 612 *ter* c.p., potrebbe apparire ancor più corrispondente al dolo specifico richiesto dalla norma di "Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente".

La portata simbolica ed irragionevole della nuova fattispecie trova conferma nel raffronto tra questa ed il comma 3 dell'art. 600 *ter* c.p. in tema di pornografia minorile; laddove, nella ipotesi prevista da tale ultima disposizione, in cui la condotta di "diffusione di materiale pornografico, con qualsiasi mezzo, anche telematico" abbia ad oggetto soggetti di minore età, è prevista una pena più lieve⁸⁰.

3. *La natura demagogica delle ulteriori novità introdotte dalla riforma del 2019. La soluzione penale che non passa per il Mef.* Tra le ulteriori novità introdotte con la riforma del 2019, più di una si inserisce nella legislazione dell'emergenza, presentandone, di conseguenza, le note caratteristiche sul piano della disorganicità rispetto al sistema e della dubbia effettività⁸¹.

⁸⁰ V. ROMANO, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti* (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69), cit., 105 ss.; ID., *Art. 612 ter c.p. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, in *Codice penale commentato*, a cura di Gaito-Romano-Ronco, *Wolter Kluwer on line*, 2020, 1 ss., 4.

⁸¹ Per un fondamentale contributo sull'ampio tema del "binomio garanzia-effettività", mortificato dalla "legislazione penale dell'emergenza", MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 1 ss.

Il nuovo art. 387 *bis* c.p. («Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa») stabilisce che chiunque, essendovi legalmente sottoposto, violi gli obblighi o i divieti derivanti dal provvedimento che applica le misure cautelari di cui agli articoli 282 *bis* e 282 *ter* c.p.p. - ossia allontanamento dalla casa familiare e divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa - o dall'ordine di allontanamento di urgenza dalla casa familiare *ex art.* 384 *bis* c.p.p., è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Fino alla entrata in vigore di tale nuova disposizione, al soggetto che avesse violato le su indicate misure cautelari sarebbero risultati applicabili la sostituzione o il cumulo della misura con altra più grave, *ex artt.* 276 e 299 c.p.p., fino agli arresti domiciliari e alla custodia cautelare in carcere, la cui violazione costituisce una ipotesi di evasione di cui al co. 3 dell'art. 385 c.p., sanzionata con la reclusione da uno a tre anni.

A tal riguardo, è stato osservato che la riforma non abroga, né esclude l'applicabilità di tale più efficace e preesistente disciplina e, non prevedendo né l'arresto in flagranza, né l'applicazione di misure coercitive per la nuova fattispecie, il mero inizio di un nuovo procedimento penale rischia di risultare di scarsa efficacia preventiva⁸².

In ordine alla sospensione condizionale della pena, è stato introdotto all'art. 165 c.p. il co. 5⁸³, secondo cui, «nei casi di condanna per i delitti di cui agli articoli 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies* e 612 *bis*, nonché agli articoli 582 e 583 *quinquies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati». Ma, al secondo comma dell'art.

⁸² V. PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 52, evidenzia che tale, ineffettiva, disciplina potrebbe risultare addirittura dannosa laddove venga utilizzata in sostituzione della, sia pur non abrogata, più efficace disciplina endoprocessuale disposta dal codice di procedura penale; in senso conforme, v. VALSECCHI, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., 163 ss.

⁸³ Art. 6 l. n. 69/2019, cit.

6 l. n. 69/2019, viene anche specificato che «dall'attuazione delle disposizioni di cui al primo comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

L'art. 12 l. n. 69/2019, nell'abrogare la circostanza aggravante a effetto speciale di cui all'art. 583 co. 2 n. 4 c.p., introduce l'art. 583 *quinquies* c.p., mediante cui la medesima offesa di "deformazione o sfregio permanente del viso" diviene fattispecie autonoma di reato, punibile con la reclusione da otto a quattordici anni⁸⁴.

Per tale nuova, autonoma, fattispecie viene previsto un regime sanzionatorio più severo di altre ipotesi di lesioni personali, quali ad esempio la evirazione o la castrazione dell'individuo di sesso maschile, o la perdita o mutilazione di un arto o di un organo, che, pur risultando di eguale o più elevata gravità, continuano a costituire le tradizionali ipotesi di circostanze aggravanti del reato di lesioni, per le quali è prevista la pena detentiva, più lieve ma non lieve, da sei a dodici anni⁸⁵.

In ordine alla nuova fattispecie incriminatrice, è stato anche osservato che dalla portata semantica del precetto, deriva il rischio che tale, incisivo, arsenale sanzionatorio possa trovare applicazione in ipotesi in cui lo sfregio al volto consista in una cicatrice di lieve entità⁸⁶. Peraltro, la discutibile efficacia della tecnica legislativa adottata emerge anche dal dato secondo cui, l'abrogazione dell'aggravante di cui al n. 4 del co.2 dell'art. 583 c.p. ha determinato la esclusione della possibilità di configurare, oramai, la deformazione e lo sfregio, di natura colposa, quali ipotesi di lesioni gravissime. Al più, se di natura colposa, deformazione e sfregio del viso, seppur permanente, potranno essere sussunte esclusivamente sotto la disciplina delle lesioni gravi⁸⁷.

⁸⁴ Sulle criticità della disciplina, v., per tutti, MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, 1 ss., 3 ss.

⁸⁵ Sul tema, DE SANTIS, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., 7; GALLISAI PILO, *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 1 ss.

⁸⁶ Sul punto, DE SANTIS, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., 7.

⁸⁷ PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 55; MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., 6 ss.

In un ordinamento improntato a diritto penale del fatto e dell'offesa, simili irragionevoli soluzioni⁸⁸, piuttosto che segnare un passo in avanti verso la tutela delle donne, rischiano di alimentare retaggi subculturali di disparità⁸⁹.

Un effettivo e reale interesse per la tutela della donna dovrebbe passare attraverso una formazione culturale di parità e di rispetto verso tutti, indistintamente.

Riguardo alle restanti modifiche introdotte dalla riforma in esame, molte consistono in meri aumenti del regime sanzionatorio previsto per fattispecie già esistenti nel settore della violenza, cosiddetta, di genere. Il riferimento è ai reati di «maltrattamenti in famiglia», «atti persecutori», «violenza sessuale» e relative circostanze aggravanti, «atti sessuali con minorenne», «violenza sessuale di gruppo».

In tali casi, si assiste ad un mero giro di vite repressivo, laddove, com'è ormai noto, la ritenuta necessità di inasprire il regime sanzionatorio previsto da norme già vigenti rappresenta la dimostrazione del relativo fallimento⁹⁰.

Tali interventi, sul piano della funzione della pena, risultano ispirati a finalità intimidativo-deterrenti che, com'è ormai noto, si pongono in un rapporto di problematica compatibilità con il nostro assetto ordinamentale⁹¹.

⁸⁸ Per tutti, sulla irragionevolezza delle soluzioni penalistiche caratterizzate da sproporzione e disparità di trattamento, CARAVITA, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli-Paladin, Padova, 1990, 13 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penale*, cit., 288 ss.; ID., *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, cit., 29 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 264 ss.; PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, *passim*, 21 ss.; VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.; VASSALLI, *Introduzione*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Id., Napoli, 2006, IX ss.; ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il giudizio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 180 ss.; in rapporto al tema specifico, MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., 3 ss.

⁸⁹ PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 55 osserva che, a parità di intensità offensiva, la frequenza statistica di una fattispecie non è fondamento per una differenza di trattamento, e pertanto «lungo la china di un diritto penale di contrasto all'ativismo subculturale, la parità di trattamento sarebbe più che mai d'obbligo».

⁹⁰ Sulla ineffettività dei cosiddetti giri di vite, v. *supra*, par. 1; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 78; PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 235 ss.; con specifico riferimento al tema in esame, PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51 ss., 51.

⁹¹ Sulla inaccogliabilità della prevenzione generale negativa nel nostro ordinamento, e per una teoria penale della «integrazione sociale» ispirata alle istanze della prevenzione, speciale e generale, positiva, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.; con riferimento alla riforma in questione, PA-

4. *L'accoglimento del concetto di "genere" come rischio di una legislazione a binario differenziato. Una proposta per la legittima tutela penale della riservatezza di tutti.* In linea generale, può osservarsi che le fattispecie che comunemente vengono collocate nell'ambito della "violenza di genere", contro le donne, possono essere realizzate anche a parti invertite o tra persone dello stesso sesso; pertanto, sebbene questo avvenga con percentuali statisticamente inferiori, potrebbe risultare fuorviante l'attribuzione dell'etichetta "di genere" a reati che, essendo comuni, possono essere realizzati e subiti da chiunque⁹². A tal riguardo, suscita qualche perplessità l'applicazione di una politica criminale a binario differenziato, caratterizzata da una tutela (apparentemente) rafforzata nei confronti del sesso che, secondo parametri primordiali di una subcultura conservatrice/"maschilista", è considerato più debole⁹³. Nel nostro ordinamento vigono norme generali in grado di garantire adeguati livelli sanzionatori.

DOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51, evidenzia come «l'omaggio tributato con reiterato rigore alle virtù "salvifiche" della prevenzione generale negativa (e cioè puramente intimidativa), spinta fino al parossismo è vano e vuoto: esso vale quel che costa a chi si affanna a rinnovarlo, e cioè niente; quando non produce addirittura danno determinando aporie e sperequazioni destinate a rendere ancor meno sensato l'apparecchio della giustizia»; in specie sul tema, in tal senso, MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., 1 ss., 14 ss.

⁹² PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51-52, non manca di osservare come «la violenza domestica e di genere può esprimersi nelle forme delittuose più diverse, dalle percosse all'omicidio, dal sequestro di persona alla minaccia, e così via declinando»; le nuove fattispecie introdotte possono sì realizzarsi in ambito familiare o essere rivolte ad una persona di sesso femminile, «ma non necessariamente. Si tratta di fattispecie "comuni", [dunque] (...) in definitiva, violenza domestica e violenza di genere non costituiscono che un'etichetta, attraente, ma piuttosto ingannevole»; sul tema, WALDMAN, *Law, privacy, and online dating: "revenge porn" in gay on line communities*, in *Law&social inquiry*, 2019, 4, 1 ss.; senza espresso riferimento alle fattispecie oggetto del presente esame, tuttavia in relazione a «norme che guardano con particolare favore a categorie di vittime particolarmente vulnerabili (donne, minori, pubblici agenti)», PALAZZO, *La tutela della persona: dignità, salute, scelte di libertà*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2019, 1 ss., parla di «diritto penale della disuguaglianza»; sulle difficoltà definitorie del concetto di genere e sulla non "standardizzabilità" della relativa identità, v. FILICE, *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss., 10 ss., 12.

⁹³ Sul tema FILICE, *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss., 2 osserva che «l'indagine sulla violenza di genere, se vuole essere efficace e utile, deve spostarsi da un prospettiva di semplice policy (...) a una prospettiva di autentica indagine causale», ed ancora, 4, come «la definizione della violenza di genere [sia] strettamente correlata alla nozione di genere»; sia pur con riferimento agli *hate crimes*, ed in specie al cosiddetto ddl Zan, per una prospettiva secondo cui «il riferimento al sesso (...) rend[erebbe] indiscutibile l'esigenza di una tutela rafforzata», v. GOISIS, *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *GenIUS*, 2021, 2, 9 ss., 13.

Possono, inoltre, risultare utili le classiche circostanze aggravanti comuni riferite alle ipotesi in cui il soggetto abbia agito «per motivi abietti e futili», o con «crudeltà verso le persone», «con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità», oppure, su tutte, profittando di condizioni di “minorata difesa”.

Una effettiva prospettiva di parità ed uguaglianza, tra i sessi e tra tutte le diverse manifestazioni di genere dell'umanità, è fondata sulla natura personalistica della nostra Carta costituzionale, in specie sui principi fondamentali affermati dagli artt. 2 e 3⁹¹; e tale prospettiva andrebbe perseguita attraverso un unico binario, anche di tutela penale⁹⁵.

I numeri delle aggressioni e delle violenze sulle donne non rappresentano la causa del fenomeno della “violenza di genere”, quanto piuttosto l'effetto, la punta dell'*iceberg*.

L'accoglimento del concetto di “violenza di genere” presuppone una definizione aprioristica dell'oggetto della violenza, che non tiene conto del dato secondo cui «l'identità di genere indica il modo in cui una persona percepisce ed esprime la propria appartenenza a un sesso, il quale non solo non è necessariamente quello biologico ma nemmeno è per forza esauribile in uno solo dei due sessi biologici tradizionalmente riconosciuti, vale a dire nel binarismo maschio/femmina»⁹⁶.

⁹⁴ FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, a cura di Vulpiani, Roma, 1988, 56 ss.; con riferimento al concetto di “discriminazione multipla, intersezionale o additiva”, FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir. I tematici*, vol. I - *Contratto*, a cura di D'Amico, Milano, 2021, 499 ss., 508, evidenzia come «ogni incremento di complessità (...) produce ulteriori distinzioni in una catena senza fine».

⁹⁵ Si veda PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, cit., 1 ss., ove l'A., nell'ambito di una trattazione del “diritto penale dell'uguaglianza”, evidenzia come fattispecie incriminatrici quali, tra le altre, quelle introdotte con la l. n. 69/2019, finalizzate al contrasto di ideologie culturali discriminatorie, ed in cui non sono presenti filtri di “soggettività passiva ristretta o speciale”, sono «colpite con pene davvero draconiane (...) [che rischiano di] investire anche fatti che nulla hanno di tutto ciò e rispetto ai quali nessuna esigenza di rafforzamento si pone».

⁹⁶ Così, nell'ambito di un'approfondita analisi sulla identità di genere, e sui conseguenti effetti giuridici, FILICE, *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss., 4; per una diffusa ed attuale trattazione dei molteplici profili giuridici che vi risultano commessi, si veda, PELISSERO-VERCELLONE, *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022.

Data la molteplicità delle possibili definizioni, “disforie”, espressioni, stereotipi, legati a tale concetto, una tutela a binario differenziato basata sulla identità di genere rischia di risultare inadeguata⁹⁷.

«Alla massimizzazione della violenza punitiva - innalzamento delle pene, creazione di nuove fattispecie - [potrebbe] corrisponde[re], infatti, la massimizzazione dello stereotipo di genere in base al quale (...) i maschi riaffermano la propria sovranità su un territorio anche tramite la difesa del corpo delle donne»⁹⁸.

L'intervento di riforma in esame, improntato ad una politica criminale repressiva e paternalistica⁹⁹, se non addirittura inconsciamente maschilista, seppure accompagnato da buoni propositi, a causa di un “approccio culturalmente confuso alla violenza di genere”, rischia di essere «attirato nelle maglie di questo equivoco»¹⁰⁰.

Il perseguimento di una effettiva parità ed uguaglianza non può prescindere da un intervento multidisciplinare¹⁰¹, fondato su investimenti finalizzati alla formazione e alla cultura sul tema, e al superamento dei relativi stereotipi. Gli strumenti potenzialmente più efficaci sono questi.

⁹⁷ Sul tema della “genderizzazione” del diritto penale, e sui relativi rischi in rapporto ad una lettura sistematica dell’art. 3 Cost., si veda, FILICE, *Diritto penale e genere*, cit., 24 ss.; sull’articolato rapporto tra i concetti di sesso e genere, e sulla definizione di “identità di genere” che può derivarne, opera un’accurata trattazione, che prende le mosse dal contenuto del cosiddetto ddl Zan, FANLO CORTES, *Il ddl Zan e il nodo dell’identità di genere*, in *GenIUS*, 2021, 2, 37 ss.; sui profili di indeterminazione che ne possono derivare sul piano penalistico, v. PELISSERO, *Relazione conclusiva del Focus: il ddl Zan tra diritto penale, democrazia, pluralismo*, in *GenIUS*, 2021, 2, 68 ss., 69-70.

⁹⁸ FILICE, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto “maschile” a difendere le donne*, in *Giudicedonna*, 2019, 1, 1 ss., 5 ss., 10 ss.

⁹⁹ Per tutti, senza pretese di esaustività, CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2014, 5 ss.; CAVALIERE, *Introduzione a uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, 1 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 922 ss.; FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, 546 ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell’esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, vol. I, Bari, 1994, 519 ss.; MOCCIA, *Bioetica o “biodiritto”?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 863 ss.; PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 55 ss.; ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.

¹⁰⁰ FILICE, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto “maschile” a difendere le donne*, cit., 10; si veda anche ID., *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss.

¹⁰¹ Per tutti, DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di Moccia-Cavaliere, Napoli, 2016, 64 ss.

Degni di nota, in tal senso, risultano gli artt. 5 e 6 l. n. 69/2019, che prevedono, rispettivamente, la specifica formazione del personale di polizia impegnato nel trattamento degli autori di tali reati, e la subordinazione della sospensione condizionale della pena alla partecipazione, da parte del condannato, a specifici percorsi con finalità di prevenzione, assistenza psicologica, recupero. Ma anche questi, come in genere tutto «il diritto penale, riesc[ono] ad intervenire solo allorquando la degenerazione patologica delle relazioni familiari e sentimentali si è già concretizzata e buona parte dei danni non sono più rimediabili»¹⁰².

Nonostante l'acquisizione secondo cui la "violenza di genere" vada combattuta fin dalle scuole¹⁰³, e nonostante all'art. 8 della Convenzione di Istanbul del 2011 venga affermato che «le parti stanziavano le risorse finanziarie e umane appropriate per un'adeguata attuazione di politiche integrate, di misure e di programmi destinati a prevenire e combattere ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione», non sembra che la attuale politica criminale vada in questa direzione.

L'art. 21 l. n. 69/2019, intitolato «Clausola di invarianza finanziaria», sancisce che «dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»¹⁰⁴.

L'art. 18 l. n. 69/2019 abroga l'art. 5 *bis* co. 2 lett. d) l. n. 119/2013 in tema di «sicurezza e violenza di genere»¹⁰⁵ nella parte in cui prevedeva che venissero riservati un terzo dei fondi regionali per «i diritti e le pari opportunità»¹⁰⁶, «alla istituzione di nuovi centri e di nuove case-rifugio per contrastare il fenomeno della violenza contro le donne»¹⁰⁷.

¹⁰² DE SANTIS, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., 10.

¹⁰³ Seppur in riferimento alla criminalità organizzata, BUFALINO: «la mafia sarà vinta da un esercito di maestre elementari», in *Strage di Capaci, Napolitano ricorda Falcone e Borsellino*, in www.affaritaliani.it, 23 maggio 2009.

¹⁰⁴ Art. 21, l. n. 69/2019, cit.

¹⁰⁵ L. n. 119/2013, in *Gazz. uff.* n. 242 del 15 ottobre 2013.

¹⁰⁶ Si tratta del «Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, di cui all'articolo 19, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, in *Gazz. uff.* n. 186 del 11.08.2006.

¹⁰⁷ V. RUSSO, *Emergenza Codice rosso*, in *Sist. pen.*, 2020, 1, 1 ss., 15 ss.; PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51 ss.; FILICE, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a "difendere" le donne*, in *Giudicedonna*, cit., 1 ss.

Si conferma che la soluzione penale non passa per il Mef.

A seguito di quanto esposto, e dunque in una prospettiva di attuazione dei principi, soprattutto di proporzione e sussidiarietà, si propone una soluzione, sì, anche penalistica, ma che si inserisca, e risulti residuale, rispetto ad un intervento multidisciplinare¹⁰⁸.

Nell'ambito di un'ampia ed ambiziosa prospettiva *de lege ferenda*, con riferimento alla tutela penale del bene giuridico della riservatezza¹⁰⁹, di cui alla fattispecie di diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito, potrebbe risultare proficuo l'abbandono delle indeterminate formule ivi utilizzate¹¹⁰, della problematica elencazione casistica delle condotte¹¹¹, del dolo specifico di cui al secondo comma¹¹².

Nella elaborazione di una nuova fattispecie potrebbero tornare utili alcune delle indicazioni normative fornite dall'art. 167 co. 2 del codice della *privacy*¹¹³. La definizione di "dati personali", in specie quelli di cui all'art. 9 del Regolamento (*GDPR*), nonché il concetto di "trattamento" ex art. 4 d.lgs. n. 101/2018 (cod. privacy), potrebbero risultare utili elementi al fine di definire il perimetro di competenza di una nuova, più legittima ed effettiva¹¹⁴, fattispecie.

Si immagina che questa possa essere collocata in un riformato Capo 3 del Titolo XII c.p., in cui possa trovare spazio una specifica Sezione per i delitti

¹⁰⁸ In tal senso, con specifico riferimento al tema che ci occupa, PORTALUPI-VILLASI, *Presente e futuro della violenza di genere. A che punto siamo dopo il codice rosso*, cit., 89 ss.; LEOTTA, *Femminicidio* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 2014, 1 ss.; GUERRA, *La violenza di genere: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi*, in *Cass. pen.*, 2015, 6, 2117 ss.; con portata più ampia, per tutti, DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, cit. 64 ss.; al riguardo, FILICE, *Diritto penale e genere*, cit., 6, evidenzia come «la principale modalità di conservazione della condizione di subalterità sociale ed economica delle donne passa attraverso la silente perpetrazione, all'interno delle famiglie, di modelli educativi differenziati per bambini e bambine», ed ancora - *ivi*, 18 - come «ocorra contrastare fin dall'infanzia stereotipi di genere basati sul dominio del maschio eterosessuale (maschio alfa), come correlato all'identità maschile, e dunque virile».

¹⁰⁹ V. *supra*, par. 2.2.

¹¹⁰ V. *supra*, par. 2.1.

¹¹¹ V. *supra*, par. 2.1.

¹¹² V. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., 6 ss.

¹¹³ V. *supra*, par. 2.3.

¹¹⁴ Per tutti, MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit., 1720 ss.

contro la riservatezza¹¹⁵, ed in cui possano venire riunite tutte le fattispecie a tutela di tale bene giuridico, nei relativi differenti profili in cui esso può manifestarsi – si pensi agli artt. 614, 615, 615 *bis*, *ter*, *quater*, 616 ss., 617 *septies*, art. 167 co. 1, 2 cod. privacy¹¹⁶ – che, per diverse motivazioni, oggi trovano collocazione in differenti parti del codice o in legislazioni speciali.

¹¹⁵ Per una fondamentale quanto pregevole trattazione della sistematica del Titolo XII del codice penale, per tutti, MANTOVANI, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, 841 ss., 864 ss., in cui l'A., p. 865, guarda con favore ad una «tendenza amplificatrice, in forza della sempre più sentita esigenza della “centralità della persona”, e, 867, nell’ambito di importanti riflessioni *de jure condendo*, afferma che «sotto i reati contro l’essere umano (...) vanno ricompresi, (...) accanto ai tradizionali delitti contro la vita e l’incolumità, (...) [tra gli altri], i “delitti contro la riservatezza” e la segretezza nei loro diversi aspetti, e perciò comprendenti i delitti contro la riservatezza della vita privata, i delitti contro la riservatezza e la libertà delle comunicazioni, e i delitti contro la inviolabilità dei segreti»; ROMANO, *L’introduzione dell’articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., 105 ss. propone la elaborazione di un «autonomo titolo [del codice penale] dedicato alla “tutela della riservatezza sessuale” da inserirsi dopo i delitti di violenza sessuale e prima dell’attuale Sezione III del Titolo XII; v. *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, Tübingen, 1971, 33.

¹¹⁶ VITARELLI, *Vita privata nel diritto penale*, cit., 1 ss., 2-4, nell’ambito di una sistematica trattazione delle fattispecie incidenti sulla sfera della vita privata, evidenzia la riconoscibilità dell’autonomia del concetto di riservatezza come legittimo oggetto di tutela penale.