

Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente previsto dall'art. 617-*septies* c.p.*

Roberto Bartoli

Abstract

Nel disciplinare il reato di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente, il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 ha cercato di colmare una lacuna emersa nel sistema penale previgente a tutela della riservatezza offesa da aggressioni alla medesima provenienti dall'impiego di strumenti captativi a carattere tecnologico, punendo quelle compiute da chi è presente nell'ambiente sottoposto a registrazione audio e/o video. L'articolo esamina gli elementi soggettivi e oggettivi del delitto e si sofferma in particolare sull'estraneità della captazione e dell'uso del materiale captato dal *factum criminis*. La nuova fattispecie punisce infatti la sola diffusione, lasciando quindi la captazione a mero antecedente penalmente irrilevante. Se questa scelta sembra coerente con la considerazione che la riservatezza è offesa solo nel caso di diffusione, essa tuttavia rende la nuova tutela inefficace nel momento in cui la diffusione sia garantita dal diritto di cronaca, creando quelle lacune che si voleva colmare, specie nel caso di separazione soggettiva tra chi capta e chi diffonde.

By criminalizing the dissemination of illegal audio/video recordings the Legislative Decree no. 216 of 29 December 2017 aims at strengthening the protection of the right to privacy of the aggrieved person from any third parties' interference through the use of new technologies. The essay explores the substantive and objective requirements of this new offense and addresses the lack of coverage of the acts of recording or using the recording. In fact, the offense introduced by the Legislative Decree does only cover the conduct of circulating audio and video recording, while the act of recording is not relevant per se from a criminal law perspective. The article argues that, while this approach is compatible with the view that the right to privacy is affected only in case of dissemination of the relevant recordings, no protection is afforded in case the circulation is legally authorized on the basis of the exercise of the freedom of press.

Sommario

1. Dalla legge delega al decreto legislativo. – 2. Uno sguardo al passato: le lacune del sistema penale previgente a tutela della riservatezza. – 3. - La formulazione della fattispecie e l'incriminazione della sola diffusione: gravi rischi per l'efficacia della tutela. – 4. Le modalità e gli strumenti di captazione e il dolo specifico. – 5. Le ipotesi di esclusione della responsabilità, la perseguibilità a querela, il rapporto con altri reati

1. Dalla legge delega al decreto legislativo

Con l'introduzione nel codice penale dell'art. 617-*septies*, rubricato «Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente», l'art. 1, d.lgs 216/2017, ha dato attuazione al c. 84, lett. b), l. 103/2017.

Quest'ultima disposizione conferiva al Governo la seguente delega: «prevedere che costituisca delitto, punibile con la reclusione non superiore a quattro anni, la diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente. La punibilità è esclusa quando le registrazioni o le riprese sono utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca».

La nuova fattispecie incriminatrice prevista nel decreto di attuazione della legge delega è così formulata: «Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa».

2. Uno sguardo al passato: le lacune del sistema penale previgente a tutela della riservatezza

Il nuovo delitto persegue lo scopo di colmare alcune lacune emerse nel sistema penale previgente a tutela della riservatezza offesa da aggressioni provenienti dall'impiego di strumenti captativi a carattere tecnologico. Tuttavia, come vedremo meglio in seguito, a causa dell'operatività del diritto di cronaca rispetto a una fattispecie che incrimina soltanto la diffusione e non anche la captazione/utilizzazione delle notizie riservate (v. *infra*, § 3), c'è il rischio che la riforma si riveli meno efficace di quanto appaia sulla carta. In buona sostanza, ci si trova davanti a quella legislazione la cui efficacia risulta – per così dire – in parte disinnescata dall'interno, similmente a quanto accaduto, ad esempio, per i delitti di scambio elettorale politico-mafioso vecchia versione, traffico di

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

influenze illecite, corruzione tra privati, dove la stessa configurazione del fatto tipico e della disciplina risulta inconferente rispetto alla stessa fenomenologia criminologica degli accadimenti esprimenti il disvalore.

Per mettere bene a fuoco l'esistenza nel sistema penale previgente di lacune di tutela da colmare, occorre avere presente, da un lato, i comportamenti che in astratto risultano offensivi della riservatezza e, dall'altro, quelli che risultavano punibili e non punibili prima dell'introduzione del nuovo delitto.

Sotto il primo profilo, la riservatezza può essere offesa attraverso captazioni e diffusioni da parte di soggetti terzi – per così dire – estranei alla dimensione privata della vittima oppure attraverso captazioni e diffusioni da parte di soggetti che invece, attraverso la legittima partecipazione a incontri o conversazioni, entrano a contatto con la dimensione privata del soggetto che viene captato. Nella prima prospettiva, si tende a tutelare la riservatezza intesa come “luogo” inaccessibile, intoccabile, inconoscibile da terzi estranei; nella seconda, la riservatezza è invece intesa come spazio che pur essendo accessibile alla conoscenza altrui (l'autore è legittimato a partecipare a un qualcosa e quindi a conoscere) contiene notizie che non devono essere comunque fraudolentemente captate e indiscretamente proclamate. Si potrebbe dire che nel momento in cui un soggetto autorizza altri a partecipare a incontri o conversazioni, se da un lato lo spazio della riservatezza muta, restringendosi in quanto “partecipato”, dall'altro lato, però, permane la necessità di difendere tale spazio da terzi estranei e cioè l'interesse del captato a che le notizie oggetto dell'incontro o della conversazione non siano portate a conoscenza di coloro che non facevano parte di quello spazio.

Sotto il secondo profilo dei comportamenti punibili e non punibili prima della riforma, si deve osservare come il nostro legislatore abbia fatto la scelta di punire soltanto la captazione e diffusione di suoni o immagini realizzate da terzi estranei e non anche quelle realizzate da chi partecipa a incontri o conversazioni. E infatti, le fattispecie di cognizione di comunicazione telefonica e di intercettazione di comunicazione telematica (rispettivamente previste dagli artt. 617 e 617-*quater* c.p.), nonché la fattispecie di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis* c.p.), richiedono che la captazione sia realizzata da un terzo estraneo e che la diffusione riguardi notizie captate secondo tali modalità. In particolare, la fattispecie di cognizione di comunicazione telefonica prevede espressamente che la conversazione registrata avvenga tra persone diverse da chi capta o che comunque non siano a lui dirette e che sia registrata la *conversazione*, vale a dire i suoni provenienti da entrambi i soggetti interlocutori; e gli stessi requisiti vengono pacificamente ricavati in via interpretativa anche nella fattispecie di intercettazione di comunicazione telematica¹. Con la conseguenza che ai sensi degli artt. 617 e 617-*quater* c.p. non è punibile il soggetto che registra il proprio colloquio telefonico/telematico

¹ Sul punto, v. per tutti G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 307 ss.; A. Lago, *Art. 617*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, t. III, Milano, 2015, 651 ss.; C. Pecorella, *Art. 617 quater, in*, 671 ss.; A. Valsecchi, *I delitti contro la inviolabilità della corrispondenza, delle comunicazioni e dei segreti*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in F. Palazzo - C.E. Paliero, *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, vol. VII, Torino, 2011, 314 ss.

con altro interlocutore², né il soggetto che registra uno soltanto dei due interlocutori mentre assiste alla sua comunicazione³.

La fattispecie di interferenze illecite nella vita privata richiede che l'ottenimento delle notizie e delle immagini sia "indebito", ricavandosi da tale requisito l'irrilevanza penale della captazione realizzata dalla persona presente, in quanto chi partecipa all'incontro o alla conversazione percepisce direttamente le notizie e le immagini e quindi non le ottiene "indebitamente"⁴: con la conseguenza che, nonostante qualche pronunciamento contrario nella giurisprudenza di merito⁵, ai sensi dell'art. 615-*bis* c.p. non è punibile la registrazione di conversazione fra presenti effettuata da un partecipante alla medesima⁶, né il soggetto che nella propria dimora riprende fraudolentemente i rapporti intimi intrattenuti con il proprio partner⁷.

Alla stessa stregua non poteva essere punita la diffusione di conversazioni captate da chi partecipa, in quanto, come accennato, è pacifico che, sempre per tutte le fattispecie, la diffusione debba riguardare le notizie e le immagini captate secondo le modalità indicate dalla legge⁸.

Non solo, ma a ben vedere, non tutte le captazioni e diffusioni realizzate da terzi estranei risultavano punibili, in quanto anche rispetto a queste ipotesi il legislatore ha compiuto una notevole restrizione dell'area del penalmente rilevante, distinguendo a seconda del luogo in cui si realizza la captazione. E infatti, ai sensi dell'art. 615-*bis* c.p. risultano punibili soltanto le captazioni realizzate da terzi estranei rispetto a notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., vale a dire la privata dimora comprensiva delle appartenenze: con la conseguenza che attraverso quella fattispecie non sono punibili le captazioni realizzate da soggetti terzi

² Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2008, n. 12042, in *Riv. pen.*, 2008, 627 ss., Cass. pen., sez. II, 27 gennaio 1984, n. 8988, in *Cass. pen.*, 1986, 333 ss., con nota di Beretta.

³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 2013, n. 15003, *CED* 256235; Cass. pen., sez. V, 6 marzo 2009, n. 28251, *CED* 244196; Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2008, n. 4926, Caliandro, *CED* 243153.

⁴ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, t. I, cit., 290; A. Valsecchi, *Art. 615-bis*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, t. III, cit., 588; G.L. Gatta, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, cit., 297 ss.

⁵ Pret. Roma, ud. 5 luglio 1999, Est. Callari, Imp. Cecchi Paone ed altri, in *Cass. pen.*, 2000, 2794 ss. e spec. 2799 ss., con nota adesiva di R. Blaiotta, *Il reato di interferenze illecite nella vita privata in un caso di registrazione senza consenso di un'intervista*, *ivi*, 2803 ss.; Trib. Roma, 13 novembre 1985, Rotondo, in *Foro it.*, 1986, II, 497 ss., con nota di G. Fiandaca.

⁶ Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 1981, n. 5934, in *Cass. pen.*, 1982, 1529 ss.

⁷ Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2017, n. 22221, *CED* 270236, secondo cui «non integra il reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis* c.p.) la condotta di colui che mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva provveda a filmare in casa propria rapporti intimi intrattenuti con la convivente, in quanto l'interferenza illecita prevista e sanzionata dal predetto articolo è quella proveniente dal terzo estraneo alla vita privata»; Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2007, n. 1766, *CED* 239098; Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1529 ss.; Trib. Torino, 11 aprile 1986, in *Giur. cost.*, 1988, 2, 219; Pret. Rimini, 7 dicembre 1985, *P.*, in *Foro it.*, 1987, II, c. 12.

⁸ In questo senso, con riferimento al delitto di interferenze illecite nella vita privata, già F. Palazzo, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del "nuovo" art. 615-bis c.p.)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, 149; con riferimento al delitto di cognizione di comunicazione telefonica v. A. Lago, *Art. 617*, cit., il quale riporta tuttavia una sentenza di merito in senso contrario: Trib. Milano, 12 aprile 2002, in *Giur. mer.*, 2003, 737 ss.

in luoghi pubblici o aperti al pubblico (nonché in appartenenze che risultano – per così dire – volontariamente esposte al pubblico). Come abbiamo visto, unica eccezione l'ipotesi di presa di cognizione delle comunicazioni o conversazioni telefoniche o telematiche, dove, prescindendosi dal luogo fisico in cui si trovano gli interlocutori, lo “spazio” penalmente rilevante diviene – per così dire – la stessa comunicazione dove l'agente si deve intromettere per intercettare.

Insomma, in estrema sintesi, si può affermare che prima della riforma in esame erano punibili la captazione/diffusione da parte di terzi estranei:

- realizzate nella privata dimora altrui (art. 615-*bis* c.p.);
- di conversazioni telefoniche o telematiche, indipendentemente dal luogo fisico in cui si trovavano gli interlocutori (artt. 617 e 617-*quater* c.p.).

Al contrario, non erano punibili:

- la captazione/diffusione da parte di terzi estranei di suoni e immagini di terzi in luogo pubblico o aperto al pubblico, al netto della registrazione mediante intercettazione di comunicazioni telefoniche o telematiche;
- la captazione/diffusione da parte di partecipanti all'incontro o conversazione, quale che fosse il luogo dell'incontro o della conversazione, e quindi anche nell'ipotesi in cui avvenisse nella privata dimora.

A dire il vero, in termini – per così dire – astratti, la sola diffusione (non anche la captazione) di suoni o immagini captate sia da terzi estranei che da partecipanti a incontri o conversazioni, e indipendentemente dai luoghi, avrebbe potuto assumere rilevanza penale attraverso la legislazione sulla *privacy*, ma nella sostanza essa non ha mai trovato applicazione. Più precisamente, mentre la diffusione di immagini (ed estensivamente di suoni) captati da terzi estranei (in luogo pubblico o aperto al pubblico) sarebbe stata affidata alla tutela civile prevista dalla l. 633/1941 sul diritto d'autore, la diffusione di immagini o suoni captati da chi partecipa a incontri avrebbe potuto essere punita dalla fattispecie di cui all'art. 167, c. 1, d.lgs. 196/2003 (Codice *privacy*)⁹.

3. La formulazione della fattispecie e l'incriminazione della sola diffusione: gravi rischi per l'efficacia della tutela

In considerazione di queste lacune di tutela e in considerazione del notevole sviluppo tecnologico che ha determinato una capillare diffusione di strumenti sempre più sofisticati nel captare suoni e immagini (si pensi agli *smartphone*) e sempre più efficaci nel divulgarli (si pensi alla combinazione di *internet* con i *social network*), il legislatore ha avvertito l'esigenza di punire le aggressioni alla riservatezza realizzate da chi è presente ad incontri e conversazioni.

⁹ In argomento cfr. Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2011, n. 18908, in *CED* 250378, dove si afferma che «non è illecito registrare una conversazione perché chi conversa accetta il rischio che la conversazione sia documentata mediante registrazione, ma è violata la *privacy* se si diffonde la conversazione per scopi diversi dalla tutela di un diritto proprio o altrui».

D'altra parte, come accennato all'inizio, la particolare formulazione della fattispecie, combinata con l'operatività del diritto di cronaca, rischia di compromettere l'efficacia della riforma.

Il punto dal quale partire è che, a differenza di quanto avviene per i delitti di cui agli artt. 617 e 615-*bis* c.p., la nuova fattispecie non prevede in modo distinto la punibilità per la captazione e per la diffusione, ma prevede la punibilità per il solo fatto di diffusione, dove la captazione costituisce un antecedente non punibile autonomamente. In buona sostanza, la captazione risulta essere di per sé penalmente irrilevante, mentre ciò che assume rilevanza è la sola diffusione (non anche la rivelazione).

Si tratta di una scelta che merita attenta considerazione. A ben vedere, infatti, attribuire rilevanza alla captazione di chi partecipa a incontri o conversazioni può apparire privo di senso, visto che la riservatezza si offende soltanto con la diffusione: la stessa rivelazione, pur violando la riservatezza, non assume un significativo disvalore in virtù della ridotta propalazione della notizia.

D'altra parte, si tratta di una soluzione che suscita perplessità, in quanto c'è il rischio che il sistema non sia efficace nel momento in cui entra in gioco il diritto di cronaca. Come abbiamo visto, tutte le fattispecie che ruotano intorno alla captazione e diffusione di notizie scindono tra l'ipotesi della captazione e quella della diffusione prevedendo la punizione per entrambe. Non solo, ma si pensi anche alla fattispecie di rivelazione di segreti d'ufficio (connessa ad eventuali intercettazioni) e a quella di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale. Ciò significa che, con riferimento a queste fattispecie, nell'ipotesi in cui un unico soggetto capta e poi diffonde, se la diffusione può risultare coperta dal diritto di cronaca, tuttavia la captazione risulta invece punibile non essendo coperta dal diritto di cronaca. Parimenti, nell'ipotesi in cui un soggetto capta e un altro diffonde, posto che, se coperta dal diritto di cronaca, la diffusione non è punibile, tuttavia il soggetto che ha captato risponde penalmente. E, sia detto per inciso, non mancano oltretutto orientamenti secondo cui il diritto di cronaca verrebbe addirittura meno nel momento in cui si diffondono notizie ottenute attraverso la realizzazione di precedenti delitti¹⁰.

Ebbene, così congegnato, il sistema consente da un lato di soddisfare quelle esigenze di informazione pubblica tanto care alla Corte EDU, ma dall'altro lato non permette di disincentivare quei comportamenti, oltretutto prodromici alla diffusione, che senza dubbio aggrediscono la riservatezza attraverso comportamenti fraudolenti.

Al contrario, la scelta operata dal legislatore di punire soltanto la diffusione determina, nel momento in cui entra in gioco il diritto di cronaca, che la sola captazione non possa essere punita, venendosi a ricreare quel vuoto di tutela che si intendeva colmare: come vedremo, è sufficiente che un terzo e un giornalista si accordino per captare e diffondere, perché entrambi non rispondano ovvero, detto diversamente, soltanto se non potrà trovare applicazione la scriminante del diritto di cronaca per mancanza di uno dei requisiti costitutivi entrambi i soggetti saranno punibili.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. V, 27 novembre 2008, Quilici, in *CED* 242615, con riferimento alla fattispecie di interferenze illecite nella vita privata, dove si afferma che «non è consentito riconoscere e legittimare l'esercizio del diritto di cronaca quando [il giornalista] utilizzi notizie e immagini ottenute in spregio alla norma di legge».

Vero tutto questo, c'è da ritenere che con ogni probabilità sarebbe stato più opportuno incriminare, ancorché con pene ridotte (in verità anche la diffusione è punita con una pena davvero troppo elevata: reclusione fino a quattro anni), se non la captazione fraudolenta, quanto meno l'utilizzo della stessa, come del resto era stato prospettato in alcuni precedenti progetti di riforma non andati poi a buon fine¹¹. Anche perché la stessa captazione fraudolenta, proprio in quanto fraudolenta, esprime senza dubbio un certo disvalore nel momento in cui lo stesso contesto della conversazione e dell'incontro viene considerato una sorta di "spazio inalterabile". Se infatti registrare una conversazione a due non esprime disvalore sul piano della riservatezza, perché – lo ripetiamo – senza diffusione la conversazione resta comunque riservata, tuttavia esprime disvalore sul piano relazionale, perché conversazioni e incontri nei quali uno registra e lo sa e un altro è invece all'oscuro di tutto, sono nella sostanza falsati, non essendo alla pari, ma squilibrati: mentre chi registra è prudente, chi è registrato non ha motivo di esserlo, soprattutto se poi tra i soggetti v'è un rapporto interpersonale di confidenza o intimità; mentre chi registra induce e orienta, in funzione di un eventuale utilizzo della registrazione, chi è registrato si relaziona senza ulteriori finalità e subendo le dinamiche altrui. E comunque, se proprio non si vuole riconoscere un disvalore alla mera captazione fraudolenta, quanto meno si può riconoscerlo all'utilizzo della stessa, trattandosi di condotta che determina un pericolo concreto per l'offesa della riservatezza.

4. Le modalità e gli strumenti di captazione e il dolo specifico

Oltre a problemi di formulazione, la fattispecie pone un'altra questione di grande rilievo, e cioè se sia punita la diffusione soltanto di conversazioni captate da chi era presente oppure anche di quelle captate da terzo estraneo in luoghi diversi dalla privata dimora. Il problema nasce a causa di una infelicissima e farraginoso formulazione della fattispecie. Stando alla lettera della legge, sembra che il legislatore abbia distinto due diverse ipotesi. Da un lato, quella delle «riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati», dall'altro, quella delle «registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione». Poiché il participio passato "svolte", essendo al femminile, non può che essere riferito soltanto alle conversazioni e non anche agli incontri, si dovrebbe ritenere che la partecipazione diretta del soggetto che effettua la captazione sia richiesta soltanto per le registrazioni di conversazioni e non anche per le riprese di incontri privati. Se così fosse, in buona sostanza, il legislatore avrebbe distinto tra riprese di immagini, rispetto alle quali la captazione può avvenire soltanto da parte di terzi, e registrazioni di suoni, rispetto ai quali invece la captazione può avvenire da parte di terzo o di un soggetto

¹¹ Si v. il disegno di legge n. 1611 della XVI legislatura, oltretutto già approvato dal Senato, che prevedeva l'introduzione nel codice penale dell'art. 616-*bis* (riprese e registrazioni fraudolente), così formulato: «Chiunque fraudolentemente effettua riprese o registrazioni di comunicazioni e conversazioni a cui partecipa, o comunque effettuate in sua presenza, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni se ne fa uso senza il consenso degli interessati».

presente.

Tuttavia risulta preferibile la soluzione che richiede sempre la presenza di chi capta. Anzitutto, perché la stessa legge delega, formulata in modo decisamente più chiaro, si riferisce a «riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente», dove stavolta il participio passato “svolte” è riferito sia alle riprese che alle registrazioni. Inoltre, è la presenza e quindi il carattere fraudolento della captazione che attribuisce disvalore al tutto.

A ben vedere, però, anche questa scelta di punire la captazione realizzata soltanto da soggetti presenti è destinata a suscitare alcune perplessità. Fuori dai luoghi di privata dimora, sarebbe stato più opportuno distinguere tra immagini e suoni. Mentre infatti rispetto alle prime, trattandosi di realtà che in luoghi pubblici o aperti al pubblico tutti possono captare sarebbe opportuno escludere la punibilità (e non è un caso che rispetto all'immagine la tutela tenda ad essere riservata alla responsabilità civile, come si ricava dalla legge sul diritto d'autore), rispetto ai suoni, invece, sarebbe opportuno punire non soltanto la captazione realizzata da chi è presente, ma anche dal terzo estraneo e sempre nell'ipotesi in cui le notizie vengano utilizzate, e ciò perché i suoni (le conversazioni) non sono di per sé esposte al pubblico, con la conseguenza che anche la captazione fraudolenta da parte di terzi esprime un disvalore.

Per quanto riguarda gli strumenti di captazione, la circostanza che si punisca soltanto la diffusione potrebbe indurre a ritenere che possano assumere rilevanza soltanto gli strumenti che sono capaci di fissare in modo stabile il suono o l'immagine. Tuttavia, si deve ritenere che tali strumenti possano consistere sia in mezzi che fissano le immagini e il sonoro, sia in mezzi che consentono la sola captazione, senza una fissazione stabile. Anche perché, a ben vedere, al giorno d'oggi è anche possibile e praticata una diffusione contestuale alla captazione: si pensi alla possibilità di realizzare “dirette” sui *social network*. Mentre è da escludere che integri la fattispecie l'ipotesi in cui, condivisa in una *chat* a due registrazioni o immagini, queste poi vengano diffuse dal ricevente in altra *chat*, mancando la fraudolenza.

Infine, altro punto problematico della fattispecie è la previsione del dolo specifico, consistente nel “fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine”. Si tratta di un requisito del tutto disfunzionale rispetto alla fattispecie incriminatrice: poiché s'incrimina la sola diffusione, l'offesa alla riservatezza si realizza nel momento in cui si diffonde e a prescindere dalle finalità. In buona sostanza, non esiste alcuna correlazione di disvalore tra la condotta di diffusione e il dolo specifico. La previsione di un dolo specifico si sarebbe potuta giustificare meglio rispetto a una fattispecie che puniva autonomamente la registrazione, creandosi un nesso funzionale che faceva della registrazione un antecedente della diffusione esprimente un disvalore a sé. D'altra parte, tale requisito sembra destinato a perdere rilevanza nel momento in cui si valorizza quello della fraudolenza, nel senso che la finalità soggettiva di recare un danno potrà essere ricavata dal requisito della fraudolenza che deve accompagnare la captazione.

5. Le ipotesi di esclusione della responsabilità, la perseguibilità a querela, il rapporto con altri reati

Il secondo c. dell'art. 617-*septies* prevede due ipotesi di esclusione della punibilità calibrate sulla circostanza che le condotte di captazione/utilizzo/rivelazione non sono autonomamente punibili, mentre punibile è la sola diffusione.

Si tratta di scriminanti frutto di un bilanciamento in cui si è deciso di dare maggior peso all'esercizio di alcuni diritti rispetto al bene della riservatezza.

In particolare, la punibilità è stata anzitutto esclusa «se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta e immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa»: in buona sostanza, dall'utilizzo della registrazione sembra che debba derivare la diffusione. D'altra parte, così formulata la disposizione non ha molto senso, in quanto l'ipotesi scriminante finisce per essere attagliata su un fatto diverso da quello tipico, vale a dire sull'utilizzo delle riprese e registrazioni, invece che sulla loro diffusione. Detto in altri termini, la formulazione adottata dal legislatore sembra riferirsi a un'ipotesi rispetto alla quale la nuova fattispecie non può trovare nemmeno applicazione, in quanto la condotta presa in considerazione è l'utilizzo, mentre la diffusione è concepita come evento. Tuttavia nel fatto tipico configurato dal legislatore la diffusione risulta essere la condotta. Più semplice sarebbe stato affermare che non è punibile «la diffusione» in un procedimento amministrativo o giudiziario, ma anche questa espressione non sarebbe stata felice se si considera che sul piano della realtà empirica, un soggetto che utilizza una registrazione di solito non diffonde, ma utilizza e più precisamente rivela. In realtà, questa ipotesi di non punibilità aveva senso soprattutto rispetto all'impiego di una registrazione, tuttavia – come accennato – non prevista dal legislatore come reato.

In secondo luogo, si fa riferimento al diritto di cronaca. Già abbiamo visto come questa scriminante, combinata con la particolare formulazione della fattispecie, possa determinare un notevole restringimento dell'area del penalmente rilevante. Adesso si tratta di vedere più in dettaglio come opera.

In particolare, se il giornalista registra e poi diffonde, si deve ritenere che il suo comportamento possa essere coperto dalla scriminante, là dove sussistano i requisiti della rilevanza pubblica della notizia, della verità e della continenza, e ciò proprio perché la mera captazione non costituisce di per sé una violazione di legge.

Parimenti, se un soggetto e un giornalista si accordano affinché il primo registri e il secondo diffonda, si deve ritenere che entrambi i soggetti, avendo operato per la diffusione, andranno impuniti là dove sussista la scriminante.

Se invece, in assenza di un concorso, il giornalista «si limita» a diffondere registrazioni fatte da altri, il discorso si fa un po' più complesso. Per quanto riguarda il giornalista che diffonde, si deve ritenere che il suo comportamento non sia punibile, potendosi tuttavia discutere se non sia punibile perché atipico, non avendo realizzato la registrazione, oppure perché, sempre che ne sussistano tutti i requisiti, scriminato dal diritto di cronaca, come del resto avviene già oggi allorquando «una fonte» dà a un giornalista una registrazione e quest'ultimo la diffonde. Sembra preferibile questa seconda solu-

zione, anche perché alla fin fine la diffusione c'è e la riservatezza risulta compromessa. Per quanto riguarda il soggetto che capta, si pone il problema se il suo comportamento possa essere punito, in quanto nella sostanza si avvale del giornalista per diffondere, oppure se la sua condotta non sia punibile in quanto si estende anche a lui la scriminante. Per coerenza sistematica è preferibile questa seconda soluzione (la scriminante opera oggettivamente estendendosi a tutti i concorrenti), soluzione che tuttavia, come abbiamo già accennato in precedenza, finisce per indebolire notevolmente la tutela, visto che il soggetto non potrà rispondere per la fraudolenta captazione non essendo autonomamente punita. Con la conseguenza finale che le ipotesi punibili da questa fattispecie sembrano essere soltanto quelle che risulteranno non coperte dal diritto di cronaca.

Ecco allora che diviene fondamentale precisare quest'ultimo aspetto, dovendosi osservare che il diritto di cronaca potrà operare soltanto se l'intera registrazione o l'intero filmato sono coperti dai requisiti della scriminante, con la conseguenza che è sufficiente che una sola parte non sia coperta per andare incontro alla responsabilità penale.

Ai sensi del terzo comma, il reato è procedibile a querela dell'offeso: com'è stato efficacemente spiegato nella relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, «in maniera coerente con l'impianto della stessa legge di delega che impone di dare attuazione al principio generale della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni».

Infine, per quanto riguarda i rapporti tra art. 615-*bis* e art. 617-*septies* c.p., si deve ritenere che tra le due fattispecie non possa crearsi alcuna interferenza, proprio in virtù del fatto che mentre l'art. 615-*bis* richiede la terzietà del captatore, l'art. 617-*bis* richiede invece la presenza: così, nell'ipotesi in cui nei luoghi indicati dall'art. 614 un soggetto presente riprenda o registri, tale comportamento risulta penalmente irrilevante, a meno che poi non venga diffuso, trovando in questo caso applicazione non l'art. 615-*bis*, ma l'art. 617-*septies*, e ciò perché l'art. 615-*bis*, c. 2, richiede che le notizie e le immagini diffuse siano state ottenute nei modi indicati nella prima parte dell'articolo, e quindi da parte di soggetto terzo.

Stesso ragionamento per quanto riguarda i rapporti tra art. 617 e 617-*septies*, dovendosi osservare come oggi risulti punibile l'ipotesi in cui venga registrata la conversazione di uno solo degli interlocutori da chi si trova ad esempio presente nella stanza dove avviene la telefonata.