

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DEL PIEMONTE ORIENTALE
"AMEDEO AVOGADRO"
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**CATTEDRA ALESSANDRO GALANTE GARRONE
Corso "In mezzo al guado: forma e sostanza nella penalistica
italiana del dopoguerra"
di *Francesco Palazzo***

**"L'invio di posta elettronica o di messaggi di testo
telefonici (sms) integra il reato di molestia recata "col mezzo
del telefono" (art. 660 c.p.)?"
Nota a Cassazione, sez. I, sentenza 17 giugno 2010, n. 24510**

**Letizia Repetto
Matricola:10025430
Indirizzo mail: letizia.repetto@tin.it**

20 agosto 2012

Le nuove scoperte tecnologiche che, in modo sempre più frenetico, coinvolgono le nostre abitudini quotidiane fornendoci strumenti sempre più sofisticati rendono assai difficile per i giudici, in assenza di specifiche previsioni normative, la trattazione di tutte quelle problematiche ad esse connesse. Non è facile per il legislatore stare al passo con questa corsa all'innovazione, ma i magistrati si trovano a dover fare i conti con norme che non prendono in considerazione le nuove tecnologie. Si trovano allora stretti nella morsa tra il rispetto del principio di stretta legalità da una parte e l'esigenza di tutelare le nuove situazioni che emergono dall'altra.

I giudici non possono fare altro che interpretare la normativa vigente alla luce delle nuove esigenze, ma ciò non è sempre agevole.

Sicuramente esemplare è la questione che ci si è posti in relazione all'invio di posta elettronica o di messaggi di testo telefonici (sms): tale invio può integrare il reato di molestia arrecata "con il mezzo del telefono" di cui all'art. 660 c.p.?

La problematica è qui trattata in commento alla sentenza della Cassazione, sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510.

La Suprema Corte si trova a dover decidere le sorti di una sentenza di condanna del Tribunale di Cassino in composizione monocratica nei confronti di D'Alessandro Marco Maria imputato della contravvenzione di molestia alla persona per aver inviato, con la posta elettronica, a Giulia Orofino un messaggio contenente *<<apprezzamenti gravemente lesivi della dignità e dell'integrità personale e professionale>>* rivolti al convivente della destinataria.

Secondo il giudice di primo grado il reato contestato all'imputato sarebbe quello di cui all'art. 660 c.p., ossia la contravvenzione di molestie e disturbo alle persone prevista nei confronti di *<<chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo>>*. Secondo il giudice di Cassino l'art. 660 c.p. deve essere letto *<<in funzione dell'evolversi dei mezzi tecnologici disponibili, con la conseguenza che l'aumento della gamma delle opportunità intrusive [...] deve essere messo in relazione all'espansione delle condotte in grado di integrare l'elemento strutturale della molestia>>*. Pertanto la molestia a mezzo e-mail sarebbe suscettibile di integrare questa contravvenzione poiché con la dizione "telefono" si devono ricomprendere tutti gli altri analoghi mezzi di comunicazione

a distanza e, comunque, anche l'e-mail viene propriamente inoltrata con il mezzo del telefono. A sostegno di questa sua tesi, il Tribunale aveva citato la giurisprudenza di legittimità¹ che ha inserito il citofono tra i mezzi di molestia.

La Cassazione cassa senza rinvio la sentenza di primo grado perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, stabilendo che non sussiste reato di molestia realizzato tramite posta elettronica anche se le molestie sono idonee a ledere la tranquillità privata della persona destinataria. Secondo la Corte, infatti, il Tribunale è incorso nell'erronea applicazione della legge penale sulla base di due argomentazioni:

1. L'evento immateriale, o psichico, del turbamento del soggetto passivo costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini della sussistenza della contravvenzione di molestie o disturbo alle persone.
2. L'e-mail non è propriamente inoltrata con il mezzo del telefono poiché la posta elettronica utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenze, ma non costituisce un'applicazione della telefonia che consiste, invece, nella teletrasmissione in modalità sincrona di voci o suoni.

Dunque il turbamento del soggetto passivo non è sufficiente per costituire la contravvenzione, è altresì necessario che i messaggi costringano il destinatario a percepirli con corrispondente turbamento della quiete e della tranquillità psichica soggettiva. L'invio di una e-mail è invece una comunicazione asincrona poiché l'azione del mittente si esaurisce nella memorizzazione di un testo nella memoria dell'elaboratore e la comunicazione si perfeziona solo se e quando il destinatario, connettendosi all'elaboratore, attivi la consultazione della propria casella di posta elettronica leggendo il messaggio.

Con riferimento all'"uso del telefono" la giurisprudenza di legittimità si è più volte mostrata altalenante: fax, sms, squilli a vuoto e chiamate senza risposta sono stati ritenuti utili a ritenere integrato l'uso del mezzo telefonico. Per esempio nel 2010² ha sostenuto che integra il reato di cui all'art. 660 c.p. la condotta di chi fa ripetuti squilli, sul fisso o sul cellulare di una persona, pur essendo muti, cioè non dicendo nulla nella cornetta. In questi casi, inoltre, ha affermato che il colpevole, fino a prova contraria, non può che essere l'intestatario dell'utenza da cui sono

¹ Cass., Sez. VI, 5 maggio 1978, n. 139560; secondo la sentenza l'azione perturbatrice dei due sistemi di telecomunicazione vocale è perfettamente identica e le differenze tecniche tra telefono e citofono sono assolutamente irrilevanti per l'applicazione dell'articolo.

² Cass., Sez. I, 1 marzo 2010, n. 8068

partite le chiamate inesistenti, ciò sulla base di un ragionamento secondo cui è massima di esperienza che il telefono intestato ad una persona sia nella sua disponibilità esclusiva, a meno che non si provi il contrario o non siano state allegare specifiche circostanze dalle quali possa inserirsi la ragionevole possibilità di una diversa ricostruzione.

Tornando alla sentenza in esame, la Corte ha inoltre sostenuto inadeguato il richiamo alla precedente giurisprudenza relativa al citofono, ritenendo calzante, invece, il paragone con la normale corrispondenza. Sia la posta elettronica che la posta tradizionale sono caratterizzate dalla totale mancanza di un'interazione tra mittente e destinatario e di contemporaneità nello scambio tra i due soggetti.

Nell'intento di sostenere la sua tesi, il Giudice di legittimità fa riferimento ad un suo precedente nel quale aveva equiparato al mezzo del telefono l'invio di sms che non possono essere assimilati a quelli di tipo epistolare, in quanto il destinatario di essi è costretto a percepirli, con corrispondente turbamento della quiete e tranquillità psichica, prima di poter individuare il mittente, il quale in tal modo realizza l'obiettivo di recare disturbo al destinatario³.

L'avvertita esigenza di espandere la tutela del bene protetto (della tranquillità della persona) incontra il limite coesistenziale della legge penale costituito dal generale principio di stretta legalità, conosciuto anche con il brocardo "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", che ricomprende in sé il principio di tassatività e il divieto di analogia in malam partem.

Sulla base di questi principi il giudice, al momento di sussunzione del fatto concreto alla norma penale incriminatrice, non può applicare la norma penale incriminatrice oltre i suoi limiti, specialmente nell'ipotesi in cui quest'applicazione sia più sfavorevole per il soggetto sotto giudizio.

La Cassazione ha deciso di cassare senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato proprio richiamando il principio del divieto di analogia in malam partem. Tuttavia, da un lato per cercare di mostrarsi sensibile alle nuove aspettative sociali e dall'altro per evitare interpretazioni estensive nel rispetto del principio di stretta legalità, ha finito con l'individuare una contraddittoria soluzione interpretativa.

³ Cass., Sez. III, 26 giugno 2004, n. 28680

Il precario equilibrio della motivazione è dovuto soprattutto al fatto che il Giudice ha trascurato due nozioni tecniche relative alle comunicazioni telematiche. Innanzitutto si può sostenere che le e-mail e gli sms appartengano entrambi al genere delle comunicazioni asincrone e non è possibile effettuare una distinzione tra i due sulla base della metodologia di comunicazione. Inoltre non è neppure sostenibile la distinzione basata sul fatto che il messaggio di testo è inoltrato con il mezzo del telefono e non l'e-mail, poiché grazie alle ultime tecnologie anche la seconda può essere inviata attraverso un telefono cellulare.

La comunicazione sincrona e asincrona.

La comunicazione sincrona presuppone che due o più interlocutori siano collegati contemporaneamente, mentre la trasmissione asincrona non richiede il collegamento contemporaneo.

La Corte, con l'interpretazione del 2004, ha fatto rientrare nel novero dell'art. 660 c.p. l'invio di sms sostenendo la loro natura di comunicazioni perpetrate con il mezzo del telefono. Tuttavia con la sentenza del 2010 ha sostenuto che rientrano nella locuzione "col mezzo del telefono" solo le comunicazioni che avvengono con modalità sincrona.

Gli sms, però, devono essere considerati comunicazioni asincrone poiché manca il collegamento contemporaneo. Il Giudice di legittimità ha sostenuto che le e-mail, come la corrispondenza cartacea, non comportano alcuna interazione diretta tra mittente e destinatario perché, una volta ricevuta l'e-mail, quest'ultimo può decidere se e quando aprirla. Lo stesso avviene, in vero, per un sms. Quando arriva il messaggio, il cellulare lo segnala, ma spetta poi al soggetto decidere se aprirlo o cancellarlo, esattamente come si può fare nella propria casella di posta elettronica.

Allora, come sostenuto da Francesco Giuseppe Catullo⁴, la Corte si sarebbe dimostrata coerente se, dopo aver fornito la specificazione della differenza tra comunicazioni sincrone e asincrone, si fosse discostata dal proprio precedente del 2004, anziché chiamarlo a fondamento della nuova interpretazione.

⁴ Francesco Giuseppe Catullo, *Sulle molestie via e.mail, nota a Sez. I, 17 giugno 2010 (dep. 30 giugno 2010)*, n. 24510, in *Cassazione penale* n. 3/2011, Milano, Giuffrè Editore, pp. 1039-1043

Sistemi di "push mail" per i telefoni cellulari di ultima generazione.

Come ho appena sostenuto, considerare l'e-mail una comunicazione asincrona richiede necessariamente di ritenere asincrono anche l'invio di sms poiché le premesse utilizzate dalla Corte in relazione alla posta elettronica valgono anche per i secondi.

Il Giudice di ultima istanza ha rilevato anche un'altra differenza: il messaggio di testo è inviato col mezzo del telefono, l'e-mail no. Anche questa affermazione non è più veritiera poiché i cellulari di ultima generazione, o smartphone, permettono all'utente di essere sempre connesso alla rete Internet e quindi, attraverso l'utilizzo di sistemi di tipo "push mail", di ricevere in modo pressoché immediato le e-mail sul proprio telefonino. Allora, di fronte a questi sistemi, si potrebbe sostenere che il messaggio di posta elettronica sia assolutamente equiparabile ad un sms.

Sulla base della lettura combinata delle sentenze del 2004 e del 2010, il giudice dovrebbe distinguere tra l'e-mail letta su di un computer (potremmo dire in modo "tradizionale") e quella letta su uno smartphone alla stregua di un sms. In questo modo si creerebbe però un paradosso: la punibilità dell'agente discenderebbe dallo strumento utilizzato dal destinatario dell'e-mail e non dal mezzo utilizzato dallo stesso agente.

È chiaro che la ratio dell'art. 660 c.p. vuole evitare che un soggetto sia costretto a percepire segnali o messaggi che mettano a repentaglio la sua libertà e tranquillità psichica, in ciò non vi è alcuna differenza tra sms e e-mail, a maggior ragione nel caso del push mail.

Il caso della chat di msn.

Diverso è il caso in cui al posto del telefono sia stata utilizzata la chat di msn. In questo caso nel 2011 la Corte d'appello di Napoli⁵ ha ritenuto sussistente il reato di cui all'art. 660 c.p.

Msn messenger è un servizio di instant messaging che viene scaricato gratuitamente dagli utenti sul proprio computer e permette di inviare messaggi istantanei, attraverso la semplice connessione ad Internet, con gli altri soggetti connessi alla rete in quel momento che si hanno tra i propri "contatti". Il sistema prevede infatti che ogni utente possa colloquiare solo con quei soggetti che sono

⁵ Corte d'appello di Napoli, 14 dicembre 2011, n. 5122

stati abilitati dall'utente stesso attraverso l'inserimento di alcune loro credenziali. L'altro soggetto inserito dovrà poi accettare di far parte dei contatti dell'utente. In questo modo ognuno sa, almeno in teoria, chi sono le persone che si celano dietro ai nickname a cui ha chiesto o con cui ha accettato di avere una comunicazione istantanea.

Nel caso di specie, le argomentazioni difensive dell'imputato facevano riferimento proprio alla sentenza 24510/2010 di pochi mesi precedente che ha ritenuto illegittima l'estensione analogica della fattispecie al caso di un invio di molestie con il mezzo della posta elettronica. Tuttavia secondo i giudici partenopei il caso della cosiddetta messaggeria istantanea è diverso poiché permette l'invio di messaggi immediati tra due persone o tra gruppi. Ne consegue che la conversazione in tempo reale, essendo del tutto simile a quella intrattenuta con il mezzo del telefono, debba considerarsi un'invasione nella sfera personale dell'individuo senza che questi possa sottrarvisi, se non disattivando la connessione con conseguente lesione della propria libertà di comunicazione costituzionalmente garantita dall'art. 15 Cost.

Mi trovo assolutamente d'accordo con questa sentenza. È impossibile non riconoscere l'assonanza tra la messaggeria istantanea e la trasmissione telefonica, è vero che gli utenti si scambiano un testo e non dei suoni ma, ciò nondimeno, la percezione della comunicazione è la medesima, non vi è alcun dubbio sulla sua sincronia.

Considerazioni.

Le caratteristiche proprie della ricezione dei messaggi di testo sul cellulare e delle e-mail rende impossibile considerarli comunicazioni differenti. Se per asincronia si vuole intendere il fatto che il messaggio, in entrambi i casi, non impone l'immediata lettura da parte dell'utente, allora ambedue devono essere considerati trasmissioni asincrone. Se invece consideriamo l'asincronia come la mancanza di immediata percezione della ricezione del messaggio, allora una differenza tra sms e e-mail vi potrebbe essere. Se la persona ha con sè il cellulare con suoneria attiva sa che ha ricevuto un messaggio non appena questo viene inviato, mentre dovrà collegarsi con il proprio elaboratore ad Internet e accedere alla propria casella di posta per sapere se ha ricevuto delle nuove missive elettroniche. Anche questa differenziazione però viene oggi meno grazie agli smartphone che avvisano

l'utente dell'arrivo sulla casella di posta di una e-mail con la stessa tempestività di un sms. A questo punto non è dunque assolutamente più possibile distinguere sulla base della trasmissione sincrona/asincrona gli sms dalle e-mail.

La Suprema Corte aveva anche sostenuto che gli sms sono inviati con mezzo del telefono, perché viene utilizzato materialmente il cellulare, ma i cellulari di ultima generazione permettono di fare altrettanto con la posta elettronica, pertanto anche questa considerazione viene meno.

Possiamo concludere che gli sms e le e-mail sono completamente equiparabili per quanto a noi interessa. È lecito da parte della Corte non considerare le e-mail una comunicazione col mezzo del telefono, ma altrettanto dev'essere fatto per gli sms: entrambi devono quindi rientrare o non rientrare nel novero dell'art. 660 c.p.

Un concetto rilevante per risolvere questo dubbio ci viene fornito proprio dalla sentenza della Corte d'appello di Napoli di cui si è detto: il punto sembra essere il real time. Sotto questo aspetto è evidente che vi sia una differenza tecnica tra telefono e instant messaging da un lato e sms e e-mail dall'altro.

Potremmo dire che se la conversazione avviene in tempo reale il destinatario non può fare a meno di percepire il messaggio, pertanto si deve applicare l'art. 660 c.p. Nel caso in cui invece non vi sia immediatezza della comunicazione in questo senso allora il destinatario potrebbe sottrarsi alla molestia senza subire una lesione della propria libertà di comunicazione, semplicemente cancellando il messaggio.

Una soluzione alternativa.

La soluzione finale della Cassazione, pur contraddittoria nella motivazione, è ineccepibile con riferimento al rispetto del principio di legalità. Per evitare l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato, il giudice monocratico avrebbe potuto riqualificare il fatto in contestazione come ingiuria in danno al destinatario dell'e-mail anziché come molestia. Probabilmente l'esito sarebbe stato differente. Già nel 2005⁶ infatti il Giudice di legittimità aveva optato per questa soluzione.

Nel caso di specie una signora aveva, dopo un litigio, inviato due sms ingiuriosi ad un'altra persona ed era stata per questo condannata al pagamento di €500. Il Giudice di ultima istanza ha riqualificato il fatto come ingiuria (si contestava invece la contravvenzione di molestie) annullando la sentenza senza rinvio perché

⁶ Cass., Sez. I, 17 maggio 2005, n. 18449

l'azione penale non poteva essere esercitata per difetto di querela. La riqualificazione è stata giustificata dalle modalità della forma di comunicazione prescelta e dall'ora diurna in cui l'imputata ha agito: sulla base di questi motivi, secondo la Corte, la condotta illecita non appare idonea a ledere il bene giuridico della privata tranquillità, ma soltanto quello dell'onore personale. Pertanto il fatto può rientrare nella fattispecie dell'ingiuria di cui all'art. 594 c.p. che punisce con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a €516 chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente, ma anche chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa.

La riqualificazione come ingiuria avrebbe permesso, nel caso da noi trattato, di evitare l'assoluzione dell'agente risolvendo così due opposti problemi. La lesione della propria tranquillità subita da Giulia Orofino sarebbe stata riconosciuta come danno all'onore personale e il principio di legalità sarebbe stato comunque rispettato attraverso l'applicazione dell'art. 594 c.p., senza forzare l'art. 660 c.p.