

Cattedra Alessandro Galante Garrone

“La vita ci è stata data per servire, per mostrarci solidali con l'umanità intera battendoci, pur nel nostro piccolo, per gli ideali eterni di giustizia, di libertà, di pace, di progresso.”

Alessandro Galante Garrone

Il Corso:

FRANCESCO PALAZZO

In mezzo al guado: forma e sostanza nella penalistica italiana del dopoguerra

Svolgimento del tema:

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.

Serena Emanuel
serena.emmanuel@alice.it
IV anno di corso

“La qualità dei beni giuridici che deve proteggere e la pericolosità degli strumenti che può impiegare a tal fine conducono il diritto penale non solo ad instaurare una relazione particolare con i diritti fondamentali di chi è coinvolto nel procedimento ma anche ad intrattenere un rapporto peculiare con il linguaggio”.¹

Ho deciso di servirmi di tale affermazione di Hassemer per introdurre quella “questione fondamentale” di cui è intrisa non solo la sentenza che andremo ad analizzare, ma anche l’intera vita del giurista.

Durante il corso tenuto dal Professor Palazzo ho potuto apprendere come il linguaggio, in quanto *“casa dell’essere”*², sia ciò che ci permette di comprendere appieno la realtà. Pertanto, esso costituirà la cifra essenziale del mio discorso, assumendo la duplice forma di oggetto e strumento d’analisi e rappresentando, all’occorrenza, un ponte di comunicazione tra diritto e opinione pubblica. A tal proposito, è possibile osservare come la pronuncia in questione, destando l’attenzione dei media, abbia confermato la crescente tendenza ad attribuire rilievo sempre più “sensazionalistico” alle decisioni della Suprema Corte.

Nel caso di specie, la Cassazione si trova a dover decidere le sorti di una sentenza di condanna del Tribunale di Cassino, in composizione monocratica, nei confronti di D.M., *“imputato della contravvenzione di molestia alle persone per aver inviato, con la posta elettronica, a G.O. un messaggio contenente «apprezzamenti gravemente lesivi della dignità e della integrità personale e professionale» del convivente della destinataria”*.³

Il reato contestato all’imputato è quello di cui all’art. 660 c.p., ossia la contravvenzione di molestia o disturbo alle persone, che punisce con l’arresto fino a sei mesi o con l’ammenda fino a euro 516 *“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”*.

Giova premettere che la problematica della “quantità delle condotte lesive” non rileva ai fini del nostro discorso, dal momento che la Suprema Corte ha più volte ribadito come, non trattandosi di un reato abituale, anche un fatto isolato sia sufficiente ad integrarlo (ad esempio un solo messaggio).

L’elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice in questione è il dolo specifico (*“per petulanza o altro biasimevole motivo”*), costituito dalla coscienza e volontà di interferire nell’altrui sfera di libertà. Si tratta di una sorta di “deroga” al principio generale secondo cui le

¹ W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1977.

² M. Heidegger, *Brief über den Humanismus*, [Lettera sull’umanesimo] in *Platons Lehre von der Wahrheit*, [La dottrina di Platone sulla verità], Bern, 1947, trad. it. di F. Volpi, *Segnavia*, Adelphi, Milano, 1987, pp. 267-269.

³Cass. pen, sez. I, sentenza 17 giugno 2010, n. 24510.

contravvenzioni sono punibili indifferentemente a titolo di dolo o colpa (art 42 c.p.) richiedendosi, nel caso di specie, un *quid pluris* rispetto al dolo generico.

Affinché venga integrata la contravvenzione prevista dall'articolo 660 c.p, tuttavia, è necessario che concorrano alternativamente due ulteriori elementi circostanziali della condotta dell'agente: la pubblicità o l'apertura al pubblico del luogo in cui si svolge l'azione, oppure l'utilizzo del telefono come mezzo del reato. Ad assumere rilievo, in questa seconda ipotesi, è chiaramente il carattere invasivo di tale strumento di comunicazione, al quale il destinatario può sottrarsi soltanto disattivando il proprio apparecchio, determinando in tal modo il venir meno di una libertà fondamentale, costituzionalmente garantita (art 15, comma 1, Costituzione).

Se fin qui il discorso pare piuttosto lineare, occorrerà inevitabilmente complicarlo ponendo in relazione il nostro filo conduttore (il tema del "linguaggio") con il problema dell'interpretazione della norma penale.

La *quaestio iuris* sollevata dalla sentenza in esame, infatti, è proprio se la dizione "*col mezzo del telefono*" (art 660 c.p.) possa essere ampliata, per via interpretativa, tanto da comprendere l'invio di posta elettronica sgradita. Per ragioni di completezza, inoltre, sarà necessario prendere in considerazione anche la vicina ipotesi concernente i messaggi di testo telefonici (SMS).

Procedendo per gradi, direi di muovere da una considerazione di carattere generale, facilmente condivisibile anche da chi non si occupa nello specifico di diritto penale. Risulta evidente che il progresso tecnologico dirompente sia nel campo della telefonia (inizialmente circoscritto alle comunicazioni tra postazioni fisse e successivamente ampliato dall'avvento di apparecchi mobili, connessi attraverso il sistema cellulare), che in quello dell'elettronica (caratterizzato dalla miniaturizzazione degli elaboratori) e, soprattutto, l'integrazione dei due, hanno contribuito ad attenuare le differenze, prima nettissime, tra la comunicazione telefonica e le altre forme di comunicazione telematica.

Se, dunque, il *quisque de populo* fosse chiamato a formulare un parere sulla problematica sollevata dalla sentenza in questione, probabilmente sarebbe portato ad interpretare il dettato dell'art 660 c.p. in maniera del tutto libera, adattandolo alla luce dell'evoluzione intercorsa dall'emanazione del Codice del 1930 ad oggi. Questo perché egli, non conoscendo il diritto penale e i principi che lo regolano, cadrebbe facilmente nell'erronea convinzione di poter trattare il testo della norma in questione come un qualsiasi altro testo linguistico.

Il giurista invece, nel momento in cui si fa interprete, deve "*mettere d'accordo la norma penale, per natura sua astratta e generica, con la concretezza e variabilità del caso singolo*"⁴, avendo però

⁴ G.Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Cedam, Padova, 1976, p.119.

ben presente il vincolo di corrispondenza che deve necessariamente permanere tra il significato normativo (risultato di arrivo) e il testo da sottoporre a interpretazione (dato di partenza).

Vi è dunque per l'interprete una "obbligazione di verità", che risulta particolarmente pregnante in diritto penale. Qui infatti, a differenza di quanto accade in altre branche dell'ordinamento, è necessario che concorrano almeno tre condizioni fondamentali: fedeltà ai principi, trasparenza e controllabilità dell'agire penale.

Pietra miliare dell'edificio penalistico moderno, in accordo con la lunga tradizione del brocardo latino "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", è il principio di legalità, insieme ai quattro corollari che ne discendono. Tra questi, ai fini del nostro discorso, basti ricordare il principio di tassatività, che impone una formulazione precisa ed inequivoca delle fattispecie penali e, soprattutto, il divieto di analogia. Quest'ultimo, baluardo a difesa del principio democratico, impedisce l'applicazione delle norme incriminatrici oltre i casi espressamente previsti dalla legge, affinché "*l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere*"⁵.

Come evidenziato da Marinucci e Dolcini: "*Il divieto di analogia in malam partem è espressione del monopolio del legislatore nella configurazione dei reati e tende a fornire un'ulteriore garanzia al cittadino nei confronti dei possibili arbitrii del potere giudiziario*"⁶.

Di fatto, però, l'interprete si trova a dover fronteggiare un vero e proprio dilemma. Da un lato, infatti, egli non riesce a cogliere i confini semantici netti degli enunciati normativi perché, come sottolinea Wittgenstein, "*non ce ne sono di già tracciati*"⁷. Dall'altro, non può neppure auspicare un eccessivo rigore nella definizione degli stessi, dal momento che un tessuto normativo troppo rigido sarebbe totalmente incapace di adattarsi "*alla complessità e alla mutevolezza dei fatti*"⁸.

Il ragionamento del Tribunale di Cassino parrebbe proprio prendere atto di tali necessità interpretative. Nella sentenza si legge infatti che "*la tipizzazione della condotta incriminata dall'articolo 660 Codice Penale, non risulta tassativamente espressa nel dettato normativo; si tratta di indicazione aperta legata all'evolversi dei mezzi tecnologici disponibili, con la conseguenza che l'aumento della "gamma delle opportunità intrusive", offerto dal progresso tecnologico, si correla alla espansione dell'ambito delle "condotte in grado di integrare l'elemento strutturale della molestia"*.

Tale posizione viene poi rafforzata da un *obiter dictum* che riguarda la molestia a mezzo del citofono, dove si legge che "*nella generica dizione di cui all'articolo 660 Codice Penale 'col mezzo del telefono' sono compresi anche la molestia e il disturbo recati con altri analoghi mezzi di*

⁵ W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi* 1977.

⁶ G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, cit., p. 168.

⁷ L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1995, p. 48.

⁸ M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011.

comunicazione a distanza (citofono eccetera)...[...] ... poiché l'azione perturbatrice dei due sistemi di telecomunicazione vocale è perfettamente identica; le differenze tecniche tra telefonia e citofonia sono, sotto tale aspetto, assolutamente irrilevanti".⁹

Coerentemente a questo orientamento, il giudice monocratico ritiene perciò integrato il reato di cui all'art 660 c.p. specificando, a suo dire, che *"la e-mail viene propriamente inoltrata col mezzo del telefono"*.

Per la Suprema Corte si tratta di un *"rilievo improprio e inesatto"*, dal momento che *"la posta elettronica utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza, ma non il telefono, né costituisce applicazione della telefonia che consiste, invece, nella teletrasmissione, in modalità sincrona, di voci o di suoni"*.

Pur trattandosi di una materia piuttosto tecnica e a tratti persino criptica, credo che l'argomentazione della Cassazione possa risultare facilmente verificabile e condivisibile anche dai non addetti ai lavori. Infatti, andando a cercare la definizione di "posta elettronica" in un qualsiasi sito internet o manuale specializzato in materia ci imbatte di regola nella dicitura: "controparte digitale ed elettronica della posta ordinaria e cartacea".

La vera innovazione è costituita, chiaramente, dall'estrema velocità con cui il messaggio inviato dal mittente raggiunge il destinatario (normalmente pochi secondi, in alcuni casi minuti). Nonostante tale rapidità, si tratta comunque di una modalità di comunicazione "asincrona" (come sottolineato dalla Cassazione) in quanto, affinché la trasmissione del messaggio vada a buon fine, non è necessario che i due soggetti siano contemporaneamente attivi o collegati. Da ciò parrebbe evidente la differenza con il carattere invasivo di una telefonata, alla quale il destinatario non può sottrarsi (come già accennato in precedenza), se non disattivando il proprio apparecchio, con conseguente lesione della propria libertà di comunicazione (articolo 15, comma 1, Costituzione).

È utile ricordare, inoltre, che ciascun utente può possedere una o più caselle di posta elettronica, il cui accesso è normalmente controllato da una password o da altre forme di autenticazione; solo quando lo desidera, egli può andare a consultarne il contenuto e organizzarlo a piacimento.

Si può notare che anche graficamente la e-mail riprende le caratteristiche di una lettera, composta da una busta (envelope), una sezione di intestazioni (header) e un corpo del messaggio (body).

Tali considerazioni di carattere tecnico paiono fungere da solide basi sulle quali la Suprema Corte può agevolmente fondare la propria decisione di annullare (senza rinvio) la sentenza impugnata, *"perché il fatto non è previsto dalla legge come reato"*, dal momento che la comunicazione effettuata con lo strumento della posta elettronica risulta *"notevolmente diversa"* da quella effettuata a mezzo del telefono e, pertanto, non rientra nel novero dell'art 660 c.p.

⁹ Cass. pen, Sez. V I, 5 maggio 1978, n. 8759, Ciconi, massima n. 139560.

La Cassazione, rimanendo fedelmente ancorata al divieto di analogia in malam partem, ha dunque ritenuto il fatto estraneo al campo del penalmente rilevante, quasi a voler ribadire come i tempi non siano ancora maturi per ampliare il ventaglio delle ipotesi punibili.

Prima di addentrarmi in eventuali considerazioni di carattere personale, è necessario prendere anche in considerazione un'ipotesi diversa, ma confinante, ovvero la molestia posta in essere attraverso l'invio dei comuni SMS (Short Messages System).

Giova chiarire che la tecnologia SMS abilita un servizio di trasmissione di messaggi brevi tra telefoni cellulari GSM (Global System for Mobile) e consente l'invio di short messages di testo da un telefono cellulare all'altro, o da una pagina Web che supporti il servizio.

In un precedente molto noto (del 2004) si legge che *“La disposizione di cui all'articolo 660 Codice Penale punisce la molestia commessa col mezzo del telefono, e quindi anche la molestia posta in essere attraverso l'invio di short messages system (SMS) trasmessi attraverso sistemi telefonici mobili o fissi”*. La Cassazione continua spiegando che non è possibile assimilare tali messaggi a quelli di tipo epistolare, poiché il destinatario dei primi è costretto *“sia de auditu che de visu, a percepirli, con corrispondente turbamento della quiete e tranquillità psichica, prima di poterne individuare il mittente, il quale in tal modo realizza l'obiettivo di recare disturbo al destinatario”*.¹⁰

Tale assunto viene fedelmente ripreso da una pronuncia del 2006, in cui si afferma che sarebbe addirittura la stessa *“interpretazione letterale dell'articolo 660 c.p.”* ad indurre a ricomprendere gli sms trasmessi per via telefonica tra i mezzi della molestia punibile e si specifica che *“a differenza di quel che in genere succede per lo strumento epistolare, il destinatario è costretto a leggerne il contenuto prima di potere identificare il mittente”*.¹¹ In realtà tale argomentazione appare piuttosto superata e cedevole, soprattutto alla luce dei progressi tecnologici intercorsi negli ultimi anni.

La maggior parte dei modelli di cellulare attualmente in commercio dispone, infatti, della funzione identificativa del mittente a mezzo dell'associazione del numero di invio con il nominativo in rubrica (con la dicitura *“Arrivato sms di Tizio”*) o, comunque, della evidenziazione dei caratteri alfanumerici che lo compongono (*“Arrivato sms da +39...”*). In termini pratici significa che chi riceve il messaggio viene subito a conoscenza dell'identità del mandante, potendo quindi liberamente scegliere se leggerne il contenuto, oppure cestinarlo senza neppure aprirlo.

Pertanto, la capacità offensiva del messaggio va forse rilevata su altro versante: il *“fastidio”* del destinatario non consta tanto nel dover leggere un sms, quanto piuttosto nel fatto di doverlo cancellare (specie se gli sms sono tanti ed in serie), perché impossibilitato a bloccarne la ricezione (salvo specifiche funzioni comunque evase facilmente).

¹⁰ Cass. pen, Sez III, 26 giugno 2004, n. 28680, Modena, massima n. 229464.

¹¹ Cass. pen, Sez I, 11 maggio 2006, n. 16215, Udine.

In una recente sentenza del Tribunale di Trento si legge, infatti, che *“Ai fini della configurabilità della menzionata ipotesi contravvenzionale si inserisce anche la condotta del soggetto, accompagnata da petulanza o altro biasimevole motivo, che inoltri messaggi di testo tramite telefono cellulare (sms) di contenuto ingiurioso in numero rilevante...[...]... nella fattispecie concreta viene contestato all'imputata l'invio di circa 40 messaggi al giorno all'ex marito per un periodo temporale di alcuni mesi”*.¹²

Tutti questi precedenti mettono in luce il diverso approccio della Suprema Corte in relazione alla molestia effettuata utilizzando la posta elettronica, rispetto a quella perpetuata tramite l'invio di SMS. Ora non resta che domandarci se i confini tra le due fattispecie risultino davvero così netti. Ponendo ancora una volta l'accento sulla problematica della vaghezza del linguaggio e ripensando a come, per Wittgenstein, i confini del tipo criminoso rimangano sempre *“sfocati”*¹³, credo sia necessario approfondire ulteriormente tale questione, soprattutto alla luce dell'evoluzione tecnologica crescente.

Tanto per fare un esempio, cercando di approfondire le mie conoscenze in materia, mi sono resa conto di come la motivazione della Suprema Corte (di cui sopra) non tenga conto delle ipotesi in cui il messaggio e-mail procuri un'immediata interazione tra mittente e ricevente. Si pensi all'eventualità in cui il destinatario utilizzi sistemi di tipo *“push mail”*, che consentono una ricezione pressoché istantanea dell'e-mail attraverso uno smartphone o altro cellulare *“di ultima generazione”*. Questo tipo di tecnologia viene impiegata proprio per permettere di consultare la posta elettronica in tempo reale su terminali quali smartphone e palmari, per i quali sarebbe costoso attivare un meccanismo di scaricamento periodico dei messaggi disponibili sul server (tecnica nota come *“polling”* e usata comunemente, invece, sui personal computer).

Pertanto, nell'ipotesi in cui una e-mail inviata dall'agente venga direttamente percepita dalla persona offesa tramite il suo smartphone (con sistema push mail), parrebbe integrato il reato di cui all'art. 660 c.p. In una recente sentenza della Cassazione si legge infatti: *“Ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'articolo 660 del c.p., al termine «telefono»...[...]...deve essere equiparato qualsiasi mezzo di trasmissione, tramite rete telefonica e rete cellulare, di voci e di suoni imposti al destinatario, senza possibilità per lui di sottrarsi all'immediata interazione con il mittente. Ne deriva che può integrare il reato la trasmissione di*

¹² Sent. Tribunale di Trento, 19 ottobre 2011, n. 863.

¹³ L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1995, p. 48.

posta elettronica su un telefono attrezzato che, con modalità sincrona, consenta di segnalare l'arrivo di mail con un avvertimento acustico. Diversamente, non sussiste il reato nel caso di invio di mail realizzato tramite computer, giacché, in tal caso, la posta elettronica inviata può essere letta dal destinatario, per nulla avvertito dell'arrivo, solo se e in quanto questi decida di aprirla, realizzandosi una situazione del tutto simile alla ricezione della posta per lettera”¹⁴.

E' chiaro che la ratio della norma rimane quella di evitare che un soggetto sia costretto a percepire segnali o messaggi che mettano a repentaglio la sua libertà e tranquillità psichica.

Nel caso del push mail non si avrebbe praticamente alcuna differenza con un SMS, poiché entrambe le comunicazioni sono sempre segnalate da un avvertimento acustico che ne indica l'arrivo e che può, specie nel caso di “spamming” (costituito dall'affollamento indesiderato del servizio di posta elettronica con petulanti e-mail), recare molestia e disturbo alla persona.

In Italia, a differenza di quanto accade in altri Paesi, si è fino ad ora dedicata poca attenzione alle peculiarità di tale fenomeno, anche in virtù del modestissimo ruolo che ricopre la molestia nel nostro codice penale. Inoltre, risulta evidente la difficoltà probatoria di verificare, caso per caso, quali siano gli “strumenti” utilizzati in concreto dalle parti (se un personal computer, un modello di cellulare “tradizionale”, piuttosto che uno smartphone o un palmare di ultima generazione) e quali, a loro volta, i servizi attivati o comunque fruibili dagli utenti.

Ecco che il principio di legalità, “*punto fermo – vera stella polare – dell’universo teorico e mitologico in cui vive il penalista dalla stagione illuministica in poi*”¹⁵, non è più sufficiente a guidare l’opera dell’interprete, alle prese con tutta una serie di fattispecie nascenti.

Rimanendo nell’ambito delle molestie, non posso esimermi dal richiamare brevemente un fenomeno che ho approfondito di recente (realizzando una ricerca durante il corso di criminologia), ovvero quello dello “stalking”, meglio conosciuto in gergo come la "sindrome del molestatore assillante".

Non potendomi dilungare in questa sede, mi limito a sottolineare come Internet si sia rivelato terreno fertile soprattutto per il corrispettivo telematico di tale reato, ribattezzato “cyberstalking” e come, spesso, le molestie commesse in Rete risultino addirittura più gravi e lesive per la vittima, rispetto a quelle "tradizionali". Il mezzo informatico offre infatti al cyberstalker diverse modalità di azione, come ad esempio l’invio, senza il consenso della persona offesa, di grandi quantità di e-mail dai contenuti offensivi o sgradevoli per il soggetto passivo (c.d. “spamming”).

L’impatto psicologico che questa forma di molestia può avere sulla vittima viene, a mio avviso, ancora sottovaluta dalla nostra giurisprudenza. Nel nostro Paese, infatti, al cyberstalker possono

¹⁴ Cass. pen, Sez I, sent 12 ottobre 2011, n. 36779.

¹⁵ M.Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, G.Giappichelli editore, Torino, 2011.

essere contestati una pluralità di reati, a seconda della condotta attuata, ma nessuno in modo specifico. Come abbiamo ampiamente visto, la stessa contravvenzione di cui all'articolo 660 c.p. risulta ormai datata ed incapace di offrire adeguata tutela contro le condotte moleste compiute sul Web.

E' evidente, dunque, come ad un'evoluzione repentina dei sistemi di comunicazione virtuale faccia capo un'estrema "lentezza" nella capacità di adattamento del nostro ordinamento penale.

Tutte queste considerazioni, a mio parere, mettono in luce la necessità di immaginare una nuova concezione della molestia, che tenga conto di tutta una serie di sistemi e di linguaggi che, al Legislatore del '30, potevano apparire unicamente come un prodotto della cinematografia fantascientifica.

È interessante notare come, secondo una parte della dottrina, si possano distinguere due connotazioni di Internet: come luogo (oggetto delle più svariate attività) e come mezzo di comunicazione.

Di conseguenza, qualora il reato di cui all'articolo 660 del codice penale venga commesso in un sito, in una chat, in un newsgroup, si potrebbe parlare di luogo pubblico o aperto al pubblico. Sarà comunque necessario esaminare caso per caso le caratteristiche del sito o della chat, essendovi tipologie molto diverse tra loro che possono, in alcuni casi, assumere caratteristiche simili a "luoghi privati".

Nel caso dell'e-mail e dell'istant messenger (programmi che abilitano la comunicazione e lo scambio di file tra più utenti connessi in Rete), invece, Internet è un semplice mezzo di comunicazione a distanza, piuttosto che un luogo virtuale.

La casella di posta non può certamente considerarsi un luogo pubblico né aperto al pubblico; essa è assimilata dal legislatore alla corrispondenza comune nell'articolo 616 del codice penale e quindi considerata costituzionalmente segreta ed inviolabile. E, come già ampiamente detto, quest'ultima può ritenersi attuata a mezzo del telefono solo mediante un'interpretazione analogica, in malam partem, dell'articolo 660 c.p.

Secondo una visione pessimistica della realtà, l'uomo parrebbe risultare sempre più "vittima" di quei meccanismi e di quel progresso da lui stesso creati. Richiamando il nostro punto di partenza, quasi a voler chiudere una sorta di cerchio, possiamo notare come proprio l'intrinseca vaghezza del linguaggio ci consenta di comprendere nel termine "uomo" anche la figura del "giurista".

Tuttavia, come suggerito dal Professor Palazzo, "*lo scenario non è quello di un deserto nichilistico ma piuttosto di un panorama molto complesso*"¹⁶, di una fase di transizione, di un "guado" tra

¹⁶ F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol 36, t.2, 2007, cit. p. 1322.

forma e sostanza, in cui il penalista di oggi deve necessariamente imparare a muoversi, avvalendosi di strumenti nuovi.

In questo clima di crisi del vecchio paradigma e di grande fervore e attesa per la nascita di uno nuovo, anche la linea artificiale che per decenni ha preteso di marcare un confine netto tra “interpretazione” e “analogia” pare farsi sempre più sfumata.

Proprio in virtù di una “zona grigia” che si fa sempre più ampia e complessa, oggi al giudice si chiede semplicemente di “interpretare”, ossia di “tessere, responsabilmente e prudentemente, una trama argomentativa convincente e trasparente, in modo tale che sia aperta al controllo della comunità interpretativa e, se del caso, al dissenso”.¹⁷

Non va dimenticato, tuttavia, che il divieto di analogia continua a mantenere un suo ruolo in diritto penale, escludendo l’applicazione della norma a quei casi che certamente si trovano al di fuori dell’uso estensivo del linguaggio (nell’ area di certezza negativa) e obbligando il giudice a procedere adottando il criterio di valutazione utilizzato dalla legge stessa. Quest’ultimo, tuttavia, soltanto raramente risulta pre-dato e spesso finisce per diventare a sua volta oggetto di una ricerca che rischia di condurre l’interprete in luoghi anche molto distanti dall’ordinamento.

Ebbene, io credo che proprio tale “rischio” possa invece trasformarsi in un’occasione imperdibile per il diritto penale.

È chiaro infatti come l’esigenza di adattamento ai nuovi scenari tracciati dal progresso tecnologico, unita alla necessità di compiere nuove scelte di carattere valutativo, richieda al “tecnico del diritto” di dilatare sempre più l’ambito delle proprie conoscenze a materie extra-giuridiche, eventualmente interagendo con professionisti di altri settori.

Alla luce di tutte queste considerazioni, a mio avviso sarebbe auspicabile ridisegnare l’ambito della molestia, evitando di “congelare” in maniera troppo rigida il tipo, adottando piuttosto un criterio di valutazione trasversale e flessibile, in grado di trasmettere all’interprete una nuova chiave di lettura della realtà.

¹⁷ M.Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, G.Giappichelli editore, Torino, 2011.

Bibliografia

Bettiol G., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Cedam, Padova, 1976.

Bianchi D., *Internet e il danno alla persona, i casi e le ipotesi risarcitorie*, Giappichelli, 2012.

Hassemer W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi* 1977.

Heidegger M., *Brief über den Humanismus*, [Lettera sull'umanesimo] in *Platons Lehre von der Wahrheit*, [La dottrina di Platone sulla verità], Bern, 1947, trad. it. di F. Volpi, Segnavia, Adelphi, Milano, 1987.

Marinucci G. - Dolcini. E., *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2001.

Marinuzzi F., *Il cyberstalking, difendersi a 360 gradi*, 2011

Mazzola M. A., *I nuovi danni*, Cedam, 2008.

Palazzo F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, G. Giappichelli editore, 2011.

Palazzo F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol 36, t.2, 2007, cit. p. 1322.

Palazzo F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008.

Vogliotti M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, G.Giappichelli editore, Torino, 2011.

Wittgenstein L., *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1995.