



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Dario Micheletti,
Daniele Negri, Caterina Paonessa
Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2015
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884674304-6
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

- MARTA BERTOLINO
*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,
una relazione da scoprire* 15
- MICHELE TARUFFO
Aspetti del precedente giudiziale 37
- DIRK VAN ZYL SMIT
La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato 59
- THOMAS WEIGEND
Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo 75

I grandi temi *Garanzie e garantismo*

- ALBERTO DI MARTINO
Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte 91
- LUIGI FERRAJOLI
Cos'è il garantismo 129
- FRANCESCO MORELLI
*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143
- GIORGIO PINO
L'insostenibile leggerezza della legalità penale 167

I grandi temi *Il discorso di Papa Francesco
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI
Una convergenza (laica) tra sacro e profano 187

LUCIANO VIOLANTE
Populismo e plebeismo nelle politiche criminali 197

Tavola rotonda

Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

Ne discutono:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Opinioni a confronto

I molti volti del disastro
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
Il disastro populistico 254

STEFANO CORBETTA
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA
Problemi attuali intorno al disastro innominato 293

Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento penale spagnolo

307

DARIO MICHELETTI

La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo

323

OSCAR MORALES

Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo

365

CARLO PIERGALLINI

Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"

387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola

401

Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione

RENATO BRICCHETTI

La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità

421

MARGHERITA CASSANO

Il segreto della camera di consiglio

425

Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi

ANTONIO GULLO

Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?

435

CATERINA PAONESSA

Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"

455

PAOLO VERONESI
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

Diritto vivente *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI
*Facebook come un luogo pubblico:
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET
Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva 513

Antologia

CRISTIANO CUPELLI
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE
A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale" 539

FAUSTO GIUNTA
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA
"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene 637

MARIO PISANI
La crudeltà: variazioni sul tema 653

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

Some aspects of the judicial precedent 37

DIRK VAN ZYL SMIT

Life imprisonment in a globalised world 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

Big themes *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

What guarantism really is 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

The unbearable lightness of penal legality 167

Big themes *Pope Francis' speech to the delegation
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI
A (lay) convergence between sacred and profane 187

LUCIANO VIOLANTE
Populism and proletarianism in penal policies 197

Roundtable

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform
of the Code of Criminal Procedure*
Foreword by Renzo Orlandi 211

Discussants:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Confronting opinions

The many facets of the crime of disaster
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
The populist disaster 254

STEFANO CORBETTA
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA
Current issues regarding the offence of nameless disaster 293

Focus on... *Current issues regarding the relationship
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI
*The exclusive liability of the worker for his own injury.
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI
*Criminal negligence and manufacturing activities:
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation 401

Focus on... *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI
The revamped attention to the secrecy of the deliberation room 421

MARGHERITA CASSANO
The secrecy of the deliberation room 425

Opinion exchange on *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
Case law <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
Anthology	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

Diritto vivente
*Il luogo pubblico e
aperto al pubblico “virtuale”*

GIULIA CHECCACCI

FACEBOOK COME UN LUOGO PUBBLICO:
UN CASO DI “ANALOGIA DIGITALE” IN MALAM PARTEM

1. *Il caso: Facebook da mezzo a luogo del reato*

Chiamata a giudicare la configurabilità o meno del reato di molestie – a sfondo sessuale – commesse tramite l'utilizzo di Facebook, in una recente sentenza la Corte di Cassazione ha affermato che il social network costituisce un “*luogo pubblico o aperto al pubblico*” dal momento che esso si presenta come un “*‘luogo’ virtuale aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete [...] una sorta di agorà virtuale. Una ‘piazza immateriale’ che consente un numero indeterminato di ‘accessi’ e di visioni, resa possibile da un'evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato ad immaginare*”¹.

Come noto, l'art. 660 c.p. punisce la condotta molesta solo se realizzata “*in luogo pubblico o aperto al pubblico*” o, in alternativa, se attuata “*col mezzo del telefono*”. Con riferimento ai nuovi strumenti informatici, era proprio su quest'ultima modalità di condotta che si era concentrata, fino ad ora, l'attenzione della giurisprudenza – e anche quella dei Giudici di secondo grado: da quando, infatti, il telefono ha smesso di essere utilizzato soltanto per la funzione per cui era nato, ovvero quella di telefonare, le differenze fra la tradizionale chiamata o messaggio telefonico e i messaggi vocali e testuali veicolati attraverso le nuove applicazioni digitali, inglobate all'interno del dispositivo, si sono notevolmente assottigliate, seppur non del tutto annullate. Così, in alcune pronunce era stata ammessa la configurabilità delle molestie anche se a mezzo internet, in altre – più correttamente – era stata esclusa².

Nel caso di specie, però, si è scelto di seguire un diverso percorso argomentativo, offrendo per la prima volta un'interpretazione del sintagma “*luogo pubblico*”

¹ Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2014 – 12 settembre 2014, n. 37596, in *Dejure*.

² A proposito dell'invio di messaggi di posta elettronica, la Cassazione ne ha affermato, in un caso, l'irriducibilità al mezzo del telefono (v. Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2010 – 30 giugno 2010, n. 24510, in *Ced rv.* 247558). In un altro, invece, ha ritenuto integrata la fattispecie di molestie con la ricezione di *e-mail* su un telefono che, con modalità sincrona, consente di segnalarne l'arrivo con un avvertimento acustico. Così, Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2011, n. 36779, in *Ced rv.* 250807. Per un commento critico all'ampliamento del “*mezzo del telefono*” anche ai nuovi strumenti informatici, cfr. G. MARTIELLO, *Il caso della molestia “telefonica” tra evoluzione tecnologica e primato della legalità*, in *Gius. pen.*, 2011, 1, p. 47 e s.

o aperto al pubblico” smaterializzata. L’innovatività della decisione è evidente, specie se si tiene conto delle precedenti pronunce con le quali la giurisprudenza aveva cercato – più o meno condivisibilmente – di chiarire la natura ai sensi della legge penale del social network più utilizzato del momento.

Esso, infatti, era stato considerato in alcune sentenze alla stregua di un tradizionale mezzo di comunicazione – e, quindi, da includere nel generico divieto di “non comunicare con persone diverse dai familiari conviventi” previsto per chi si trova agli arresti domiciliari dall’art. 276, comma 1, c.p.p.³, oppure utilizzabile per la commissione dei reati di atti persecutori o di adescamento di minorenni⁴.

In altre, era stato qualificato come uno strumento di diffusione di materiale illecito, idoneo ad integrare, ad esempio, il delitto aggravato di pornografia minorile⁵.

In altre ancora, era stato equiparato ad un “mezzo di pubblicità” ex art. 595, comma 3, c.p., idoneo a fondare la responsabilità del soggetto agente per diffamazione aggravata, valorizzandone la potenziale capacità di raggiungere un numero apprezzabile, se non addirittura illimitato, di persone.

A prescindere dal merito di ogni decisione, appare evidente il dato comune delle pronunce richiamate e il dato differenziale rispetto a quella in commento: se fino ad ora Facebook è sempre stato chiamato in causa come mezzo, come strumento attraverso il quale commettere il reato, nella sentenza in oggetto, esso diventa l’elemento di contesto, il *locus nel* quale la fattispecie viene ad esistenza.

La soluzione proposta dalla Corte è indubbiamente suggestiva e meritevole di attenzione, soprattutto in virtù della potenziale esportabilità del principio ad una casistica ben più ampia. Da un lato, infatti, l’art. 660 c.p. non è l’unica disposizione codicistica a prevedere come elemento della fattispecie il “luogo pubblico o aperto al pubblico”; dall’altro, la riflessione elaborata in sentenza soltanto con riferimento a Facebook vale *a fortiori* per tutti gli altri social network, specialmente quelli che permettono un accesso più libero e con meno restrizioni, come ad esempio Twitter, e vale ancora di più per internet in generale. Anzi, nella logica della Suprema Corte, il web dovrebbe costituire il luogo pubblico per eccellenza, garantendo libertà di accesso e di navigazione alla mera condizione di possedere una postazione informatica.

³ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2011 – 31 gennaio 2012, n. 4064, in *Dejure*.

⁴ Cfr. Trib. Bassano del Grappa, G.I.P., 20 dicembre 2012 e Corte Appello di Venezia, sez. III, 20 giugno 2013, consultabili al sito www.penalecontemporaneo.it.

⁵ V. Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2015 – 20 aprile 2015, n. 16340 in *Dejure*, secondo la quale “Ai fini dell’integrazione del reato di pornografia minorile di cui all’art. 600 *ter* c.p. è necessario che la condotta del soggetto agente abbia una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto, sì che esulano dall’area applicativa della norma solo quelle ipotesi in cui la produzione pornografica sia destinata a restare nella sfera strettamente privata dell’autore. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto integrati gli estremi della diffusione nell’inserimento di materiale pedopornografico all’interno del social network Facebook)”.

2. La rilevanza penale del luogo virtuale alla luce del bene giuridico tutelato

La motivazione della Corte è sintetica e – forse per la consapevolezza dell’ormai intervenuta prescrizione – non si spinge oltre un semplicistico condensato di valutazioni sociologiche e statistiche molto simili a quelle che si trovano nella relativa pagina di Wikipedia. Non c’è dubbio, infatti, che Facebook per la sua inarrestabile diffusione, per la facilità con cui permette di interagire con altri utenti e diffondere idee, messaggi e notizie ad una rapidità impressionante sia il legittimo erede dell’antica agorà. Anche Facebook, infatti, svolge le medesime due funzioni che erano riservate alla piazza greca e che trovavano riflesso nei due verbi che da essa traevano la loro radice: da un lato, quella di fungere da spazio di aggregazione, dove socializzare, discutere e, in generale, prendere parte alla vita pubblica e politica (ἀγορεύω, *agoreúō*: orare, parlare in pubblico); dall’altro quella di costituire uno spazio commerciale dove vendere e scambiare beni (ἀγοράζω, *agorázō*: andare al mercato, comprare). Del resto, è storia recente quella di interi movimenti politici creatisi sul web o quella di vere e proprie rivoluzioni totalmente organizzate *online*. Da un punto di vista sociologico, dunque, appare impossibile negare la sua riconducibilità alla “sfera pubblica” di Habermasiana memoria: nel mondo sempre più digitale e digitalizzato, internet costituisce ormai l’infrastruttura di riferimento della nostra vita sociale, economica, culturale e financo affettiva.

In questa prospettiva, non sembra ragionevole negare al luogo virtuale una rilevanza penale.

Da un lato, il dato testuale non frappone alcun ostacolo all’estensione del significato oltre quello materiale. Come affermato giustamente dalla sentenza, “*la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo*” la sua dimensione virtuale, intendendosi con esso qualunque parte di spazio, idealmente o materialmente determinato. Parimenti, appare indubbio il suo essere “*aperto al pubblico*”: a prescindere dalle preferenze dell’utente, che può liberamente decidere se aprire il suo profilo soltanto ai propri amici o conoscenti o a chiunque faccia parte del social network, Facebook è accessibile a tutti quelli che, maggiori degli anni 13, decidono, in poche mosse e gratuitamente, di aprire un account⁶. “*Aper-to al pubblico*”, dunque, e non “*pubblico*”, proprio in virtù della necessità di possedere per accedervi determinati requisiti (es. l’età) e determinate credenziali

⁶ La situazione è più complessa nel caso di profilo privato, anche se restano comunque spazi di apertura ad un numero indeterminato di soggetti. Si pensi, ad esempio, ai gruppi o alle c.d. pagine, dove anche con le più restrittive opzioni di privacy è possibile dialogare ed entrare in contatto con utenti sconosciuti. Si tratta, ad ogni modo, di profili di fatto, che non incidono sulle considerazioni più generali in merito alla equiparabilità dei social network ad uno spazio pubblico.

(nome utente e password), sottoposte al vaglio degli amministratori del network, ovvero coloro che esercitano un diritto sul luogo stesso⁷.

Dall'altro, la dimensione virtuale dell'agire collettivo è percepita come oggettivamente esistente e essenziale dai consociati, tanto che non si pone neppure un problema di certezza, declinata nell'accezione della prevedibilità del significato delle norme: se è vero, come è vero, che il significato di un termine può essere compreso soltanto con riferimento ad un determinato contesto sociale, storico e culturale, lo spazio digitale è ormai percepito a tutti gli effetti come un luogo reale tanto quanto quello materiale.

Simili considerazioni, però, non bastano da sole a legittimare l'ingresso incondizionato dello spazio virtuale nel campo del diritto penale. La possibilità di equiparare Facebook – e quindi la rete – ad un luogo (aperto al) pubblico, senza incorrere in una vera e propria operazione analogica, richiede il vaglio anche sotto un altro profilo, diverso da quello della mera matrice letterale.

Il significato delle norme, infatti, non deriva soltanto dalla somma dei significati dei termini che le compongono: all'interno dell'invalicabile confine tracciato dal dato testuale, i *significanti* assumono un *significato* anche in relazione al fine che la disposizione intende raggiungere e al sistema entro il quale essa si colloca.

Da questa prospettiva, per testare la bontà dell'operazione ermeneutica non basta verificare la corrispondenza dell'espressione "*luogo pubblico o aperto al pubblico*" a tutti i possibili significati che essa può avere nel nostro linguaggio; occorre anche verificarne la tenuta con riferimento all'interesse tutelato dalla norma. Pur presentando ampi margini di opinabilità, ancora più ampi quando si tratta di contravvenzioni e non di delitti, la dimensione teleologica non può certo essere estromessa. Specialmente quando, come nel caso di specie, occorre valutare se una situazione di fatto (l'avvento della rete), che non poteva certo essere prevista al momento dell'entrata in vigore della disposizione, cada comunque nel suo campo d'applicazione.

La verifica del rispetto del dato testuale, dunque, è sì una precondizione necessaria, ma non sufficiente nei casi in cui il termine letterale può assumere contenuti di senso molto diversi l'uno dall'altro, come avviene, ad esempio, nel caso del termine "luogo": la consistenza materiale o virtuale della parola, infatti, ne muta notevolmente il significato. Del resto, anche la Corte, pur convinta del rispetto della lettera della legge, iscrive la parola *luogo* fra virgolette quando inte-

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 2013 – 19 febbraio 2014, n. 7769, in *Ced* rv. 258974, la quale, recependo la costante giurisprudenza di legittimità, definisce luogo aperto al pubblico "quel luogo al quale ciascuno può accedere in determinati momenti, oppure osservando determinate condizioni, poste da chi esercita un diritto sul luogo stesso, ovvero quello al quale può accedere una categoria di persone che abbia determinati requisiti".

sa come spazio virtuale, quasi a sottolineare la particolarità di tale accezione rispetto a quella ordinaria materiale.

In breve, appurata la mancanza di ostacoli testuali, occorre verificare anche la corrispondenza con l'interesse protetto dalla norma, il quale costituisce l'elemento mobile, la linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi⁸.

3. *Reati ad ambientazione eventualmente virtuale e reati ad ambientazione materiale vincolata*

Come anticipato, la contestualizzazione del reato in un luogo pubblico o aperto al pubblico è una condizione richiesta dal codice penale in numerose fattispecie. Anche la decisione in commento ne richiama alcune, ma la citazione riguarda soltanto il numero dell'articolo ed è funzionale ad offrire una nozione unitaria di tale locuzione così come è stata elaborata dalla giurisprudenza.

Ad un'osservazione più attenta, però, emerge subito il dato comune che caratterizza le fattispecie localizzate in uno spazio pubblico: si tratta, infatti, di disposizioni poste prevalentemente a tutela di beni pubblicistici, quali, ad esempio, l'ordine pubblico, la sicurezza, il buon costume o il sentimento religioso. Se questo è il minimo comune denominatore, e ferma restando la definizione di luogo pubblico o aperto al pubblico offerta dalla costante giurisprudenza, tale sintagma, tuttavia, assume un ruolo significativamente diverso a seconda della struttura e della finalità della norma che viene via via in considerazione.

Se, infatti, in alcune fattispecie il luogo pubblico o aperto al pubblico concorre a fondare il disvalore della condotta in virtù del suo fungere da cassa di risonanza dell'offesa, in altre – di gran lunga meno numerose – disegna i confini materiali all'interno dei quali quel determinato comportamento può assumere una rilevanza penale.

In altre parole, è possibile distinguere fra reati *ad ambientazione eventualmente virtuale*, ossia astrattamente realizzabili sia *online* che *offline*, e reati *ad ambientazione materiale vincolata*, ovvero necessariamente ambientati in uno spazio fisico concreto.

Al primo gruppo di reati, appartengono tutte quelle fattispecie che ben potrebbero essere commesse sia nella dimensione materiale, che in quella virtuale: in esse, di fatto, il luogo pubblico o aperto al pubblico è un *mezzo*, assume un valore *strumentale*, senza che rilevino le sue coordinate spaziali. Ciò che importa è la sua po-

⁸ Sebbene pronunciata in materia civile, si esprime così efficacemente Cass. civ., Sez. Un., 21 giugno 2011 – 11 luglio 2011, n. 15144, in *Ced* rv. 617905.

tenziale capacità di diffondere un messaggio, di rendere maggiormente visibile un comportamento, senza che faccia alcuna differenza la virtualità o meno del contesto. La definizione di luogo come ricomprensente anche l'accezione di spazio virtuale, dunque, in queste ipotesi, si concretizzerebbe in un'interpretazione estensiva, pacificamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tali considerazioni valgono anche con riferimento a quelle fattispecie che, pur non richiamando espressamente "*il luogo pubblico o aperto al pubblico*", prevedono comunque che il fatto sia stato commesso "*pubblicamente*". Ci si riferisce, ad esempio, ai reati di istigazione o apologia di reato (art. 414 c.p.) o all'offesa alle confessioni religiose (art. 403 e art. 404 c.p.). Del resto, è lo stesso art. 266 c.p., che punisce l'istigazione di militari a disobbedire alle leggi, ad affermare che "*il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso [...] in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone*".

In questa prospettiva, appare astrattamente ipotizzabile la punibilità di condotte poste in essere a mezzo Facebook, o più in generale a mezzo internet, che istighino a commettere un reato (art. 414 c.p.), che vilipendano la bandiera dello Stato (art. 299 c.p.) o una confessione religiosa (art. 404 c.p.), che costituiscano manifestazioni sediziose (art. 654 c.p.), che riproducano atti osceni (art. 527 c.p.) oppure che offrano in vendita scritte, disegni o qualsiasi altro oggetto che offende la pubblica decenza (art. 725 c.p.). In tutte queste ipotesi, infatti, l'interesse tutelato dalla norma risulta parimenti compromesso a prescindere che la condotta sia tenuta in una pubblica via o nella realtà virtuale della rete. Anzi, proprio perché ciò che rileva è la comunicabilità del comportamento antigiuridico a più persone, potenzialmente illimitate, internet e i social network appaiono ancora più dannosi del tradizionale luogo pubblico o aperto al pubblico.

Vi sono, tuttavia, altre fattispecie in cui la medesima locuzione "*luogo pubblico o aperto al pubblico*" assume, per la peculiarità dell'interesse protetto, una dimensione necessariamente "terrena". Appare logicamente impossibile, infatti, la realizzazione via internet dei reati di somministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi di mente (art. 689 c.p.) o di determinazione in altri dello stato di ubriachezza (art. 690 c.p.). Ancora, appare grottesco immaginare la punibilità, ai sensi dell'art. 688 c.p., di chiunque venga colto *online* in stato di manifesta ubriachezza. In questi casi, il fine della norma è quello di proteggere l'ordine, l'incolumità e la sicurezza pubblica da aggressioni che necessariamente devono presentare una propria fisicità: nell'art. 688 c.p., ad esempio, il fenomeno dell'alcolismo assume una rilevanza penale soltanto come causa di altri reati e di disordini che possono, appunto in uno spazio materiale pubblico, disturbare la collettività.

Anche il reato di molestia, in virtù dello specifico oggetto di tutela, sembrerebbe riconducibile a tale categoria di reati, presentando anch'esso un vincolo di ambientazione materiale che richiede necessariamente la sua commissione nel mondo reale.

4. La molestia come reato ad ambientazione materiale vincolata

Il reato di molestia o disturbo alle persone è una contravvenzione posta a tutela dell'ordine pubblico, inteso nella prospettiva della pubblica tranquillità. Tradizionalmente, invero, lo scopo della norma è stato identificato con quello di evitare che fatti di molestia o di disturbo possano determinare nei singoli esposti alle condotte criminose reazioni pericolose per la collettività⁹.

In quest'ottica, la tranquillità del singolo riceve una tutela giuridica soltanto di riflesso, nella misura in cui la sua protezione coincide con quella del bene collettivo.

Una simile ricostruzione risulta del tutto coerente con la natura contravvenzionale della norma e la conseguente procedibilità d'ufficio sottolinea ancora una volta la recessività dell'interesse del singolo di fronte a quello pubblico¹⁰. In tal senso, oltre alla tradizionale dottrina, si è sempre espressa anche la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha individuato la *ratio* della norma nella repressione del “*turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata*”¹¹.

Ciò non significa che la disposizione non abbia alcuna oggettività riconducibile ai reati contro l'individuo, dal momento che la condotta deve necessariamente rivolgersi contro un soggetto determinato e può anche essere commessa col mezzo del telefono, elemento quest'ultimo senz'altro distonico rispetto alla tutela del bene superindividuale. Per questo motivo, non sono mancate prese di posizione a favore della natura plurioffensiva del reato in questione¹². Tuttavia, anche in questi casi, il punto focale della fattispecie è sempre stato individuato nei “*potenziali riflessi sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione*” del singolo¹³.

⁹ Cfr., ad esempio, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, X, Delle contravvenzioni in specie*, Torino, 1986, p. 188 e ss. Più di recente, v. F. FREZZA, sub art. 660 c.p., in AA.VV., *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, p. 4870.

¹⁰ Non esiste né nel codice penale, né in dottrina, né in giurisprudenza un criterio unico per distinguere fra delitti e contravvenzioni. Tuttavia, a prescindere dal parametro formale della sanzione comminata, la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 5 febbraio 1986 ha stabilito quali dovrebbero essere i criteri orientativi per effettuare tale distinzione, disponendo che il settore privilegiato della materia contravvenzionale debba circoscriversi a due categorie di illeciti: *fattispecie di carattere preventivo-cautelare* e *fattispecie concernenti la disciplina di attività sottoposte a un potere amministrativo*. Le molestie, in tale prospettiva, sarebbero riconducibili al primo gruppo di illeciti. V. Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 5 febbraio 1986, *Criteri orientativi per la scelta fra delitti e contravvenzioni*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 624 e ss. Sul punto, cfr. anche A. VALLINI, voce *Contravvenzioni*, in F. Giunta (a cura di), *Dizionari sistematici. Diritto Penale*, Milano, 2006, p. 82 e ss.

¹¹ Cass. pen., sez. 1, 27 giugno 2014 – 16 luglio 2014, n. 31265, in *Ced. rev.* 261234.

¹² V. M. RIVERDITI, *Contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, p. 370 e ss.

¹³ Cass. pen., sez. 1, 28 febbraio 2002 – 28 marzo 2002, n. 12303, in *Ced. rev.* 221373, secondo la quale “[v]a [...] osservato che la struttura della previsione incriminatrice [...] presuppone neces-

Ad ogni modo, a prescindere che si ritenga la fattispecie come posta a presidio del solo interesse pubblico o anche dell'interesse privato, la norma ha come scopo quello di proteggere la vittima soltanto da quegli atti di disturbo caratterizzati da un'oggettiva invadenza, difficilmente arginabile. Se così non fosse, la limitazione della tutela dalle molestie soltanto al "*luogo pubblico o aperto al pubblico*" mancherebbe di un ragionevole fondamento, non capendosi perché l'individuo non dovrebbe essere protetto anche nei luoghi privati. Invece, proprio la possibilità di sottrarsi alle molestie senza particolari difficoltà – ad esempio esercitando il proprio *ius excludendi* nei confronti del molestatore, qualora si tratti del proprio domicilio, o allontanandosi da esso, qualora si tratti di un altro luogo – giustifica la restrizione dell'area di applicazione dell'art. 660 c.p., restando ferma la configurabilità di altre fattispecie, qualora l'azione di disturbo ne integri i presupposti¹⁴.

Da questa angolazione, l'estensione della norma allo spazio virtuale non appare giustificata. Nel caso della molestia a mezzo internet, infatti, la vittima non si trova in quella condizione di vulnerabilità che caratterizza, invece, la fattispecie allorché realizzata in uno spazio pubblico. L'individuo, a tutela della sua quiete privata nel mondo virtuale, gode già di un'adeguata tutela, sia giuridica che extragiuridica. Da un lato, infatti, valgono anche sulla rete quelle medesime disposizioni poste a tutela dei beni individuali, quali, ad esempio, l'onore (si pensi all'ingiuria o alla diffamazione), la libertà morale (come la minaccia) o l'incolumità individuale (come gli atti persecutori). Dall'altro, il web mette a disposizione dell'internauta molteplici modalità di controllo delle condotte invasive altrui, senza che il soggetto debba essere costretto a compromettere la propria libertà di comunicazione o navigazione sulla rete.

Il caso di Facebook è in tal senso paradigmatico: ferma restando la configurabilità di altri reati qualora ne sussistano gli estremi, l'utente può con un semplice click rimuovere una o più persone determinate dai suoi contatti, impedire ad un soggetto determinato di scrivere sulla propria bacheca, di inviare messaggi privati o sottoporre i suoi *post* alla propria autorizzazione preventiva. Non solo. La piattaforma offre anche la possibilità di "riportare" agli amministratori qualunque condotta ritenuta abusiva dalla vittima: una sorta di denuncia informatica, che può produrre anche il congelamento immediato, seppur temporaneo, del profilo dell'utente segnalato.

sariamente un'offesa alla quiete privata, mentre la tranquillità pubblica viene in considerazione sotto il profilo di potenziali riflessi sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione. Trattasi, quindi, di reato plurioffensivo, in cui soggetto passivo [...] è anche la persona fisica sulla quale cade l'azione del colpevole, pur essendo l'incriminazione prevista a tutela di un interesse generale facente capo alla collettività".

¹⁴ Si pensi, ad esempio, alla violenza privata, agli atti persecutori, ai maltrattamenti in famiglia.

Sebbene con qualche differenza, le medesime cautele sono messe a disposizione anche dagli altri social network. In un certo senso, a parte il servizio tradizionale di messaggistica telefonica, tutte le nuove forme di comunicazione offrono la possibilità di sottrarsi all'interazione con una determinata persona senza compromettere in alcun modo la libertà di utilizzazione di tali strumenti. Anche la ricezione di messaggi di posta elettronica, da un certo punto di vista, grazie alla possibilità di catalogare come *spam* tutte le comunicazioni provenienti da un certo indirizzo, consente di operare una selezione preventiva dei messaggi ricevuti.

Perché, dunque, l'invio di un messaggio offensivo tramite il social network deve essere ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 660 c.p. in virtù della pubblicità del luogo virtuale, quando già di per sé rientra a pieno titolo nella sfera di operabilità del reato di ingiuria? Fattispecie quest'ultima che, prevedendo la procedibilità a querela di parte, rimette alla vittima la facoltà di tutelarsi o meno anche per via giudiziaria. Diversamente ragionando, anche le innumerevoli *e-mail* pubblicitarie che riceviamo ogni giorno, spesso già automaticamente inserite nella casella *spam* dal nostro server di posta elettronica, rischierebbero di costituire una molestia penalmente rilevante *ex art. 660 c.p.*, sicuramente caratterizzate dalla petulanza, se non anche dal biasimevole motivo.

La fattispecie di molestia o disturbo alla persona, dunque, ad un'analisi più approfondita, presenta un radicamento necessario in un contesto spaziale materiale: la sua estensione al mondo virtuale comporta uno snaturamento della norma, non giustificato da alcuna istanza di tutela. Così facendo, la disposizione verrebbe piegata al raggiungimento di un fine totalmente diverso, anche se evolutivamente interpretato, rispetto all'originaria area di protezione designata dal legislatore, attraverso un'operazione analogica, vietata nel campo del diritto penale.

5. *La nuova agorà digitale fra interpretazione letterale e teleologica*

In un contesto come quello penalistico, dunque, caratterizzato da insopprimibili esigenze di garanzia, il fondamentale canone ermeneutico dell'interpretazione letterale può, in alcuni casi, non riuscire da solo a scongiurare il rischio di operazioni sostanzialmente analogiche. Del resto, la singola parola si riempie di significato anche in funzione della disposizione in cui è inserita e del sistema giuridico entro il quale si colloca.

Superata la prova del rispetto del dato testuale, i criteri della coerenza sistematica e della *ratio* della norma, e quindi del bene giuridico protetto, devono comunque rappresentare un indice di discriminazione fra il lecito e l'illecito, onde scongiurare il rischio di vere e proprie operazioni analogiche.

È vero che un'eccessiva valorizzazione dell'interpretazione teleologica rischia di aprire il varco a valutazioni soggettive e precomprensioni che mal si conciliano con l'oggettività e la tipicità che informano il diritto penale; tuttavia, la rinuncia ad un simile strumento ermeneutico *in bonam partem* rischia di favorire dilatazioni dell'area di punibilità, non giustificate da alcuna lacuna normativa ed in contrasto con il principio di *extrema ratio* e sussidiarietà che governa tale ambito di disciplina. È questo il caso dell'equiparazione di Facebook ad un luogo (aperto al) pubblico nella fattispecie di molestie.

In breve. Che internet e i social network costituiscano la nuova agorà appare ormai innegabile. Ma che ciò significhi il trapianto *tout court* della tutela penale dallo spazio pubblico materiale a quello virtuale appare un'affermazione da vagliare anche alla luce dell'interesse protetto dalla norma e non solo della corrispondenza letterale.

Il rischio, altrimenti, non è solo quello di forzare i principi garantisti che presidiano tale materia; in gioco c'è anche l'aspettativa di internet e dei social network a diventare davvero la nuova piazza pubblica del mondo. Anch'essa soggetta a regole e divieti, come quella materiale, che tengano conto, però, delle peculiarità del nuovo spazio virtuale¹⁵.

Altrimenti, dall'equiparazione con l'antica agorà dovremmo aspettarci anche internauti affetti da agorafobia?

¹⁵ La sfida più complessa è senza dubbio quella che riguarda il bilanciamento fra la tutela giuridica, soprattutto penale, e la libertà di espressione. Si moltiplicano, infatti, i casi di censura preventiva, esercitata dalle organizzazioni che gestiscono i social network, sempre più preoccupate dalle cause giudiziarie intentate nei loro confronti. Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto in Francia, dove il dipinto "*L'origine du monde*" di Gustave Courbet è stato giudicato pornografico da Facebook, con conseguente chiusura dell'account di un utente, il quale si è rivolto alla giustizia francese contro tale insindacabile decisione. Il 5 marzo 2015, il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi si è giudicato competente a decidere sulla questione. Cfr. *Tribunal de Grande Instance de Paris, 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015*, consultabile al sito www.legalis.net. O ancora, cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 16 giugno 2015, n. 64569/09, con la quale è stata riconosciuta la responsabilità per diffamazione di un sito web di informazione per i commenti postati da un utente.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

- CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze
CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata
GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo
MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano
LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione
GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di
Milano
FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano
MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)
GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano
DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)
PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara
CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de
la Plana (Spagna)
LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino
THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)
FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2015