

MOLESTIE VIA FACEBOOK: TRA DIVIETO DI ANALOGIA ED ESIGENZE DI ADEGUAMENTO ALLE NUOVE TECNOLOGIE

[Nota a Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2014 \(dep. 12 settembre 2014\), n. 37596,
Pres. Chieffi, Rel. Di Tomassi.](#)

di Maria Chiara Ubiali

SOMMARIO: 1. Un'occasione per riflettere sulla rilevanza dei social network come mezzo e 'luogo' di commissione del reato (con il limite del divieto di analogia). – 2. L'inquadramento della questione oggetto della sentenza della Cassazione: la molestia via Facebook è realizzata "col mezzo del telefono", ovvero "in luogo pubblico o aperto al pubblico"? – 3. La fattispecie concreta giudicata dalla S.C. – 4. Facebook e la molestia posta in essere con "il mezzo del telefono". – 5. Facebook come "agorà virtuale" rilevante come "luogo pubblico o aperto al pubblico"? – 6. Considerazioni conclusive: sull'opportunità di una riforma dell'art. 660 c.p.

1. Un'occasione per riflettere sulla rilevanza dei social network come mezzo e 'luogo' di commissione del reato (con il limite del divieto di analogia)

E' configurabile il reato di molestia se il fatto è commesso attraverso *Facebook*? Il problema si pone in quanto l'art. 660 c.p. ("Molestia o disturbo alle persone") richiede che il fatto sia commesso "in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono". E' indubbio che nuovi mezzi di comunicazione, come i *social network*, consentono altrettanto nuove modalità di offesa di interessi penalmente tutelati. E' però altrettanto vero – e notorio – che in materia penale il divieto di analogia in *malam partem*, corollario del principio della riserva di legge (art. 25, co. 2 Cost.), preclude al giudice di applicare le norme incriminatrici oltre i casi espressamente disciplinati. Desta pertanto non poche perplessità la sentenza annotata che, nell'affermare la configurabilità del reato di molestia nel caso sottoposto al suo esame, assimila *Facebook* a un **luogo pubblico**.

Prima di soffermarci sulla sentenza in oggetto, circoscrivendo l'analisi alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., ci sembra interessante segnalare come il caso sottoposto alla S.C. – che si iscrive nel più vasto ambito tematico dei *profili penali di internet*¹ – ponga forse per la prima volta, almeno in termini evidenti, un problema di

¹ V. da ultimo, per un'autorevole trattazione del tema, di recente emersione, S. SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali vol. VII, Milano, 2014, p. 567 ss. La rilevanza giuridica del *social network* emerge poi anche in ambito non strettamente penalistico: per quanto attiene al diritto del lavoro, infatti, la condotta di chi "posta" messaggi denigratori su Facebook nei confronti dei propri datori di lavoro o colleghi è stata ritenuta **giusta causa di licenziamento**, così come l'utilizzo del *social network* per più ore al giorno in assenza di necessità lavorative. [Vd. Trib. Ivrea, sez. lavoro, ord. 28 gennaio 2015, giud. Fadda, in il Quotidiano giuridico con nota di M. ALOVISIO, Dare della "MILF" ad una collega su facebook](#)

interpretazione analogica in rapporto a condotte realizzate attraverso il noto *social network*. Nei casi in cui Facebook è venuto in rilievo sino ad oggi, come mezzo di commissione del reato, l'applicazione della legge penale non è infatti mai parsa in contrasto con il principio di tassatività.

E' ad esempio questo il caso – già segnalato sulle pagine di questa *Rivista* – della **diffamazione**, che la giurisprudenza ha ritenuto aggravata dal “mezzo di pubblicità” (art. 595 co. 3 c.p.) in ipotesi di pubblicazione di espressioni offensive dell'altrui reputazione pubblicate dall'autore del fatto sul proprio profilo di Facebook. In quell'occasione si è avuto buon gioco ad affermare la configurabilità della diffamazione aggravata, indubbiamente essendo Facebook riconducibile al concetto di *mezzo di pubblicità*².

Altre pronunce giurisprudenziali riguardano il delitto di **sostituzione di persona** ex art. 494 c.p., realizzato attraverso strumenti informatici-telematici. La Cassazione ha infatti ritenuto integrato tale delitto nel caso di un soggetto che crei ed utilizzi un profilo su *social network* servendosi abusivamente dell'immagine di una persona del tutto inconsapevole³, così come nel caso di utilizzo di un *account* di posta elettronica creato da un soggetto che si sia attribuito falsamente le generalità di persona diversa, così da indurre in errore gli utenti della rete internet⁴. Si tratta, a nostro avviso, di decisioni che non si pongono in contrasto con il divieto di analogia *in malam partem* in quanto strettamente legate al dato letterale della norma, che parla di “attribuzione a sé o ad altri di un falso nome”; un concetto che è stato interpretato dalla Cassazione, in una sentenza della quale pure si è dato conto in questa *Rivista*, come comprendente *tutto l'insieme dei contrassegni d'identità*, compreso il c.d. *nickname*⁵.

Al di là delle ipotesi affrontate ad oggi dalla giurisprudenza edita, d'altra parte, non pochi sono i casi, ipotizzabili, di reati commessi tramite un *social network*. E' ad

[configura una giusta causa di licenziamento, 18 febbraio 2015](#). La sentenza riguarda il caso di un dipendente che aveva pubblicato sul proprio profilo Facebook la lettera dell'azienda di riammissione al lavoro a seguito di un contenzioso e aveva postato dei pesanti commenti diffamatori verso l'azienda e verso le colleghe di lavoro. Si veda anche [Trib. Milano, sez. lavoro, 1 agosto 2014, giud. Colosimo, in il Quotidiano giuridico con nota di M. ALOVISIO, Usa facebook in azienda, secondo il Tribunale di Milano è legittimo licenziamento, 26 settembre 2014](#). Il provvedimento riguarda il caso di un dipendente che, durante l'orario di lavoro, utilizzava impropriamente Facebook, pubblicando sul proprio profilo commenti denigratori nei confronti della propria azienda.

² Si vedano a questo proposito [C. MELZI D'ERIL, In tema di diffamazione via Facebook, in questa Rivista, 29 gennaio 2013](#); [S. TURCHETTI, Diffamazione su Facebook: comunicazione con più persone e individualità della vittima, in questa Rivista, 8 maggio 2014](#).

³ Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2014, n. 25774. Si veda a questo proposito [F. SANSOBRINO, Creazione di un falso account, abusivo utilizzo dell'immagine di una terza persona e delitto di sostituzione di persona, in questa Rivista, 30 settembre 2014](#).

⁴ Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2011, n. 12479.

⁵ Si veda a questo proposito Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2012, n. 18826 con nota di [A. GIUDICI, Creazione di un falso profilo utente sulla rete e delitto di sostituzione di persona, in questa Rivista, 25 giugno 2013](#). Si trattava in questo caso della creazione di un falso profilo utente con l'ideazione di un *nickname ad hoc* su un portale telematico di chat a contenuto erotico in cui l'agente diffondeva il numero di telefono cellulare della vittima – la sua *ex* datrice di lavoro – la quale veniva così raggiunta da numerose chiamate di soggetti interessati a incontri a sfondo sessuale.

esempio il caso, al quale si è fatto riferimento in dottrina, dell'**accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico** ex art. 615 *ter* c.p., in particolare nel caso di accesso ad uno spazio informatico altrui in mancanza o contro il consenso o la volontà del titolare, per scopi non consentiti od oltre i limiti concessi, oppure facendosi dare o utilizzando abusivamente *password* d'accesso o procurandoselo illegittimamente⁶. Anche in questo caso il procedimento interpretativo non sembra sfociare nell'analogia, essendo possibile ricondurre Facebook al concetto di *sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza*.

In altri casi ancora Facebook può d'altra parte rappresentare un'importante cassa di risonanza per la commissione di questo o quel reato: si pensi ad esempio alla **istigazione a delinquere** (art. 414 c.p.) o alla propaganda di idee razziste (art. 3, comma 1 lett. a), l. 13 ottobre 1975, n. 654)⁷. Nel primo caso la norma incriminatrice richiede un'istigazione avvenuta *pubblicamente*, ovvero (in base alla definizione legale di cui all'art. 266, co. 4 c.p.) *col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda*: una formulazione ampia che permette di ricondurvi – senza violare il principio di tassatività – anche l'istigazione avvenuta a mezzo Facebook. Nel secondo caso, poi, la legge nulla dice in ordine al mezzo di diffusione della propaganda razzista, permettendo dunque la realizzazione della condotta anche attraverso Facebook.

I *social network* ben possono poi venire in rilievo anche come mezzo per realizzare **delitti contro il patrimonio mediante frode**; si tratta di fenomeni ormai ben noti, in cui Facebook funge da strumento di contatto tra i malintenzionati e le potenziali vittime, indotte in errori strumentali ad una disposizione patrimoniale che avverrà mediante moneta reale o elettronica⁸. Rispetto alla possibile integrazione del reato di **truffa** ex art. 640 c.p. non sembrano ad esempio porsi particolari difficoltà: la formulazione della norma incriminatrice non dà rilievo al luogo – virtuale o meno – in cui la condotta dell'agente – artifici o raggiri in grado di indurre taluno in errore – deve essere posta in essere.

D'altra parte, la consapevolezza del legislatore penale in merito alla possibile realizzazione di reati attraverso internet è crescente, e ha già portato ad opportuni, anche recenti, adeguamenti del diritto vigente alle nuove tecnologie⁹. E' il caso del nuovo delitto di **adescamento di minorenni**, che la l. 1° ottobre 2012, n. 172 ha inserito

⁶ Cfr. L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, 2012, n. 12, p. 2532.

⁷ Affronta anche questo profilo S. SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, cit., p. 573.

⁸ Per un'ampia ricognizione di queste condotte fraudolente si veda sempre P. CIPOLLA, *Social network, furto di identità*, in *Giur. mer.*, 2012, n. 12, p. 2688-2690. L'Autore si riferisce in particolare al c.d. *Charity Scam* (truffe strutturate secondo lo schema della beneficenza *on line*), al c.d. *dating Scam* (il truffatore diventa amico di una potenziale vittima fino a carpirne la fiducia e, ad un certo punto, finge un'improvvisa disavventura finanziaria chiedendo ed ottenendo sostegno economico) e alla c.d. truffa nigeriana (presuppone un furto d'identità e consiste nella richiesta urgente di un bonifico internazionale in seguito al furto o allo smarrimento della propria carta di credito).

⁹ A questo proposito il D.d.l. Costa (C. 925-B) recentemente approvato dal Senato e ad oggi all'esame della Camera dei Deputati, riformula i delitti di ingiuria e diffamazione, ricomprendendovi anche l'ipotesi in cui l'offesa sia arrecata in via telematica.

nell'art. 609-undecies c.p.: “chiunque allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, adesci un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo **della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione**”. Prima dell'introduzione di questa nuova figura di reato – come si è segnalato in questa *Rivista* – la giurisprudenza¹⁰, anche in questo caso senza violare il divieto di analogia, aveva peraltro qualificato come tentativo di violenza sessuale mediante induzione (artt. 56 e 609-bis co. 2 n. 2 c.p.) la condotta di chi – tramite falso *account* Facebook – aveva contattato una ragazzina quindicenne millantando di essere il responsabile di un'agenzia di moda milanese, per invitarla a un *casting* a casa sua al fine di avere rapporti sessuali¹¹.

Nel recentissimo decreto legge, 18 febbraio 2015, n. 7 in materia di contrasto al terrorismo, con gli artt. 1 e 2 viene introdotto un aggravamento di pena **se il fatto è commesso mediante strumenti informatici o telematici** nel caso dell'art. 270 *quinquies* (addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale), nonché degli artt. 302 (istigazione a commettere un delitto doloso contro la personalità dello Stato), 414, terzo comma (pubblica apologia di delitto) e 414, quarto comma (pubblica istigazione o apologia di delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità)¹².

Da ultimo, riavvicinandoci alla questione oggetto della sentenza annotata, va segnalato che in epoca recente il legislatore ha modificato la disciplina del delitto di atti persecutori (c.d. **stalking**), realizzabile con reiterate minacce o, per l'appunto, **molestie** (comunque realizzate), configurando, al comma 2, come aggravante l'ipotesi in cui il fatto sia commesso *attraverso strumenti informatici o telematici*¹³.

2. L'inquadramento della questione oggetto della sentenza della Cassazione: la molestia via Facebook è realizzata “col mezzo del telefono”, ovvero “in luogo pubblico o aperto al pubblico”?

Come si è premesso, nella decisione in commento la realizzazione del reato attraverso Facebook viene in rilievo in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 660

¹⁰ Trib. di Bassano del Grappa, Ufficio G.i.p., sent. 20 dicembre 2012, giud. Brunello. La decisione è stata poi riformata dalla Corte d'Appello di Venezia (C. App. Venezia, Sez. III penale, 20 giugno 2013, giud. Sandrini-Bianchi-Majolino), la quale ha ritenuto integrato il solo delitto di sostituzione di persona, *ex art.* 494 c.p.

¹¹ Cfr., in proposito, [M. MONTANARI, Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p., in Dir. pen. cont. - Riv. trim., n. 2/2014, p. 218 ss.](#)

¹² Si veda a questo proposito [F. VIGANÒ, Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto legge in materia di contrasto al terrorismo, in questa Rivista, 23 febbraio 2015.](#)

¹³ La modifica è stata introdotta dall'art. 1, comma 3, lett. a) del D.L. 14 agosto 2013, n. 93 convertito, con modificazioni, dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119.

c.p. (Molestia o disturbo alle persone), che richiede una molestia posta in essere *con il mezzo del telefono o in luogo pubblico o aperto al pubblico*. Per sostenere la configurabilità del reato – almeno in via di principio, salvo poi dichiarare l'intervenuta prescrizione – la S.C. ritiene Facebook assimilabile ad un **luogo pubblico**. Si tratta di una decisione che fa emergere le consuete difficoltà di riconducibilità delle condotte realizzate tramite internet a disposizioni pensate in un momento storico in cui il progresso tecnologico a cui la nostra società è giunta non era nemmeno lontanamente preventivabile, e che è necessario vagliare alla luce del **principio di tassatività**. E' ciò che faremo nelle pagine seguenti domandandoci se sia compatibile con quel principio affermare che una molestia posta in essere tramite Facebook integri la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. Vaglieremo due diverse ipotesi:

a) dapprima quella – invero non presa in considerazione dalla Cassazione – della possibile equiparazione tra molestia arrecata *con il mezzo del telefono* e molestia posta in essere via Facebook, nel caso in cui quest'ultima sia percepita dalla vittima sul proprio telefono cellulare, grazie alle moderne applicazioni che ne permettono la visualizzazione;

b) in un secondo momento, la diversa ipotesi dell'assimilazione del *social network* ad un *luogo pubblico o aperto al pubblico*.

3. La fattispecie concreta giudicata dalla S.C.

All'imputato era stato contestato il reato di cui all'art. 660 c.p. perché, quale caporedattore di un giornale, per petulanza o altri biasimevoli motivi, aveva molestato una redattrice del giornale con ripetuti e continui apprezzamenti volgari e a sfondo sessuale nonché *inviandole – sotto pseudonimo – messaggi sgraditi attraverso la pagina di Facebook*.

In relazione ai fatti commessi presso gli uffici del quotidiano, il Tribunale di Livorno assolveva l'imputato dal reato di cui all'art. 660 c.p. con la formula "il fatto non sussiste" escludendo che si trattasse di luogo pubblico o aperto al pubblico. Quanto ai fatti commessi utilizzando Facebook l'imputato veniva invece assolto con la formula "il fatto non è previsto dalla legge come reato", ritenendosi che l'invio di tale genere di messaggi non integrasse il reato contestato.

La Corte d'Appello di Firenze – in riforma della decisione di primo grado – dichiarava l'imputato colpevole del reato a lui ascritto e lo condannava alla pena di un mese di arresto. In particolare, con riferimento alle molestie realizzate sul luogo di lavoro e in presenza dei colleghi, la Corte affermava che la redazione di un giornale può considerarsi luogo aperto al pubblico. Riteneva integrato il reato anche in relazione alla condotta posta in essere mediante messaggi inviati sotto pseudonimo sulla pagina Facebook della vittima, in quanto Facebook deve considerarsi una *community aperta accessibile a chiunque*.

L'imputato proponeva dunque ricorso per Cassazione affermando, tra gli altri motivi, che il messaggio era stato inviato mediante chat-line, e che si trattava dunque di messaggio privato, non avente i requisiti della pubblicità ed accessibilità a chiunque.

La Corte di cassazione costata per prima cosa che **le sentenze di primo e secondo grado ricostruiscono i fatti in modo differente e, per certi aspetti, lacunoso.**

Con riferimento alla riconducibilità degli uffici della redazione alla nozione di luogo aperto al pubblico, la Cassazione afferma che “la possibilità di considerare un luogo privato aperto al pubblico è comunque questione di fatto, dipendendo dalle condizioni all’accesso poste dal titolare dello *ius excludendi*”. A questo proposito, la motivazione della decisione della Corte d’Appello difetta, tuttavia, dell’illustrazione fattuale che dimostri che i locali della redazione ove si svolsero i fatti erano aperti anche all’accesso di estranei. Per quanto riguarda invece le condotte poste in essere a mezzo Facebook, il Tribunale di primo grado parla di “fatti commessi a mezzo di posta elettronica” riconducendo le comunicazioni moleste alla categoria delle e-mail. La Corte d’Appello, invece, afferma che i messaggi erano stati inviati tramite la “pagina profilo” della persona offesa, accessibile a tutti.

Pur dichiarando la necessità dell’annullamento con rinvio al fine di meglio chiarire gli aspetti di fatto controversi, la Cassazione – *ex artt. 129 e 620 c.p.p.* – annulla senza rinvio la sentenza impugnata a causa dell’oramai intervenuta prescrizione del reato contravvenzionale.

Nonostante questo, e veniamo al punto che qui interessa, la S.C. afferma che, nel caso risultasse esatta la ricostruzione fattuale della Corte d’Appello – secondo cui i messaggi alla vittima erano stati “postati” direttamente sulla sua pagina profilo, aperta a tutti – la riconducibilità delle condotte alla fattispecie di cui all’art. 660 c.p. non dipenderebbe tanto dall’assimilabilità della comunicazione telematica alla comunicazione telefonica, quanto dalla natura stessa di Facebook, considerato “**luogo virtuale**” aperto all’accesso di chiunque utilizzi la rete e quindi assimilabile ad un luogo pubblico. A parere della Corte, infatti, sembra “innegabile che la piattaforma sociale Facebook rappresenti una sorta di **agorà virtuale**, o meglio una **piazza immateriale** che consente un numero indeterminato di accessi e di visioni”. Inoltre la S.C. non solo afferma che la lettera della legge permette di assimilare Facebook alla nozione di luogo, ma aggiunge anche che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alle tradizionali nozioni di comunità sociale, la *ratio* della disposizione impone anzi di considerare questa assimilazione.

4. Facebook e la molestia posta in essere “con il mezzo del telefono”.

Come anticipavamo in precedenza, affinché possa dirsi integrata la contravvenzione di cui all’art. 660 c.p. occorre chiedersi se la molestia posta in essere tramite Facebook possa essere assimilata a quella perpetrata **con il mezzo del telefono** o, in alternativa, a quella avvenuta **in luogo pubblico o aperto al pubblico**.

La giurisprudenza della Cassazione si è più volte interrogata su quali mezzi di comunicazione possano rientrare nel concetto di *mezzo del telefono*; sarebbe ad esempio questo il caso del **citofono**¹⁴ e degli **sms**¹⁵.

Per quanto riguarda, invece, l'invio di **messaggi di posta elettronica**, dopo un iniziale orientamento nel senso dell'esclusione della configurabilità del reato di cui all'art. 660 c.p.¹⁶, la Corte ha affermato che, "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 di molestia "la trasmissione di posta elettronica su un telefono attrezzato che, con modalità sincrona, consenta di segnalare l'arrivo di e-mail con un avvertimento acustico"¹⁷.

In relazione alle molestie arrecate alla persona offesa tramite *Messenger*, la Cassazione ha invece sostenuto che il servizio MSN non può essere assimilato alla comunicazione telefonica. Secondo la Corte, infatti, – "oltre a non realizzarsi a mezzo del telefono – tale modalità di comunicazione non presenta carattere invasivo, ben potendo il destinatario di messaggi sgraditi, evitarne agevolmente la ricezione bloccando il mittente indesiderato, senza compromettere la propria libertà di comunicazione"¹⁸.

Orbene, occorre ora domandarsi se la condotta di chi molesta o disturba una persona tramite l'invio di messaggi indesiderati sulla c.d. "**bacheca**" Facebook della vittima possa essere equiparata – senza violare il **divieto di analogia in malam partem** – alla molestia *col mezzo del telefono* di cui all'art. 660 c.p. Per rispondere al quesito sembra imprescindibile procedere ad una distinzione in fatto che tenga conto delle concrete modalità di funzionamento del *social network*.

A nostro avviso, se l'utente ha la possibilità di visualizzare la piattaforma Facebook sul proprio cellulare tramite apposita applicazione e sceglie – tra le opzioni del proprio profilo – che l'arrivo di messaggi sulla c.d. bacheca personale sia segnalato da una e-mail o da un avviso acustico che ne indica il recepimento, si viene a riprodurre la stessa modalità di ricezione dei messaggi di posta elettronica su cellulare, oramai equiparata dalla Cassazione, nel reato di molestia o disturbo alle persone, all'uso del telefono¹⁹. Non sembra in questo caso ricorrere alcuna lesione del principio

¹⁴ Cass. pen., Sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510. *Contra* Cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 1978, n. 8759, imp. Ciconi.

¹⁵ *Ex multis* Cass. pen., Sez. III, 26 marzo 2004, n. 28680.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510.

¹⁷ Si esprime in questo senso Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 2011, n. 36779. Vedi anche [M. SCOLETTA, In tema di molestie personali tramite posta elettronica, in questa Rivista, 17 novembre 2011](#). Per un ampio commento di questa decisione si veda anche E. LO MONTE, *Una riflessione su spamming e molestie: la problematica configurabilità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 660 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. VI, p. 2113 ss.

¹⁸ Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 2012, n. 24670, Pres. Giordano, Rel. Vecchio. Cfr. [Invio di messaggi osceni via MSN Messenger: la Cassazione esclude il reato di molestie, in questa Rivista, 6 settembre 2012](#).

¹⁹ Cfr. *supra* nota n. 16.

di tassatività: la molestia viene infatti materialmente percepita dalla vittima **col telefono** e con lo stesso grado di intrusività di un sms o di una e-mail.

Si noti: ci si potrebbe peraltro chiedere *se il mezzo del telefono debba essere usato solo dal mittente, solo dal ricevente o da entrambi*. A noi pare che si debba concludere, in ossequio al divieto di analogia *in malam partem*, nel senso che è necessario che l'intero fatto descritto dalla norma incriminatrice – l'invio del messaggio da parte del mittente e la ricezione della vittima – avvenga *con il mezzo del telefono*: secondo la formulazione della norma è, infatti, **l'azione** di recare la molestia o il disturbo che deve avvenire *col mezzo del telefono*, escludendosi in questo modo le molestie poste in essere dall'agente accedendo a Facebook da un personal computer.

Al contrario, se il telefono cellulare o le impostazioni dell'*account* Facebook non permettessero una modalità di ricezione diretta, il destinatario – non avvertito dall'arrivo del messaggio – potrebbe leggerlo, solo e in quanto decida di accedere al proprio *account* Facebook, senza immediata e diretta intrusione del mittente nella sfera delle attività del destinatario; escludendosi quindi l'applicazione dell'art. 660 c.p.

In conclusione, a noi pare che se nel caso di specie si fosse provato che l'agente ha scritto i messaggi molesti dal proprio cellulare sulla bacheca Facebook della vittima, e che quest'ultima li ha ricevuti e letti sul suo telefono in seguito ad avviso acustico immediato, **non sarebbe stato necessario ricorrere all'equiparazione tra Facebook ed un luogo pubblico per giungere alla configurazione della contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.**

5. Facebook come "agorà virtuale" rilevante come "luogo pubblico o aperto al pubblico"?

Un diverso problema riguarda poi la **possibile assimilazione di Facebook ad un luogo pubblico o aperto al pubblico**. Come si è anticipato, infatti, nella sentenza in commento la S.C. ritiene integrata la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. dopo aver affermato la natura di "**luogo virtuale**" di Facebook, aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete; una sorta di "**agorà virtuale**", in tutto e per tutto paragonabile ad un luogo pubblico. Occorre a questo punto chiarire cosa debba intendersi, agli effetti della legge penale e dell'art. 660 c.p. in particolare, per luogo pubblico e per luogo aperto al pubblico.

La giurisprudenza, e concordemente la dottrina, hanno definito **luogo pubblico** quello normalmente e continuamente libero, di diritto o di fatto, a tutti o a un numero indeterminato di persone, ed al quale è possibile accedere senza alcuna limitazione o condizione²⁰. Per quanto riguarda invece il concetto di **luogo aperto al pubblico**, la Cassazione ha avuto recentemente occasione di affermare che è qualificabile come tale "quel luogo al quale ciascuno può accedere in determinati momenti, oppure osservando determinate condizioni, poste da chi esercita un diritto sul luogo stesso,

²⁰ Si veda in particolare V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1961, p. 324.

ovvero quello al quale può accedere una categoria di persone che abbia determinati requisiti”²¹. Sulla base di questo principio la S.C. ha considerato luogo aperto al pubblico, tra gli altri, l’androne di un palazzo e la scala comune a più abitazioni²², i locali dei servizi igienici pubblici²³, lo studio privato di un medico dove questi esercita l’attività professionale²⁴, ovvero un locale dove vengono dati spettacoli ai quali può assistere chiunque²⁵.

Anche rispetto a questo secondo profilo ci sembra opportuno procedere ad una distinzione in fatto che tenga conto delle particolari **modalità di funzionamento del social network** attraverso il quale le molestie vengono poste in essere. Orbene, chiunque, purché dotato di una connessione internet, può creare il proprio profilo Facebook fornendo semplicemente il proprio nome, cognome, e-mail e data di nascita. All’atto della creazione dell’*account* viene affidata al nuovo iscritto una pagina profilo personale, la c.d. bacheca, una sorta di contenitore virtuale dove condividere con altri utenti testi, link, immagini e video. Il singolo iscritto può regolare a piacimento la modalità di accesso alla propria bacheca da parte degli altri utenti. Scegliendo il c.d. **“profilo aperto”** la bacheca risulta accessibile a tutti gli utilizzatori di Facebook indistintamente, al contrario, opzionando il c.d. **“profilo chiuso”**, la pagina personale può essere visualizzata solamente dai c.d. **“amici”**, ossia gli utilizzatori di Facebook con i quali il singolo – attraverso l’accettazione di una c.d. **“richiesta di amicizia”** – ha deciso di dialogare.

Viene da chiedersi ora *se la c.d. bacheca di Facebook possa essere assimilabile ai concetti di luogo pubblico o aperto al pubblico.*

Nel caso di bacheca accessibile alla pluralità indistinta degli utenti di Facebook ci sembra che ricorrano le stesse caratteristiche del luogo pubblico. Come detto in precedenza, infatti, qualsiasi persona dotata di connessione internet sarebbe in grado di accedere liberamente alla pagina personale dell’utente ponendo in essere una molestia attraverso un testo scritto, immagini o video.

Al contrario, nel caso in cui la vittima della molestia utilizzasse una pagina profilo c.d. **“chiusa”** – e quindi accessibile solo agli **“amici”** – non si potrebbe più parlare di luogo pubblico, e nemmeno di luogo aperto al pubblico: in questo caso, infatti, l’unico modo per poter accedere alla bacheca sarebbe quello di essere accettato dall’utente gestore della pagina, circostanza che rende il **“luogo virtuale”** in questione accessibile alle stesse condizioni che la Cassazione individua per l’accesso ad un luogo di **privata dimora**; ovvero, un luogo in cui il soggetto che detiene la titolarità ha la possibilità di esercitare lo *ius excludendi alios*, al fine di tutelare il diritto alla riservatezza nell’esercizio di una data attività²⁶.

²¹ Cass. pen., Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 7769.

²² Cass. pen., Sez. I, 16 giugno 2009, n. 28853.

²³ Vd. *supra* nota n. 21.

²⁴ Cass. pen., Sez. III, 5 novembre 2013, n. 46184.

²⁵ Cass. pen., 12 maggio 1997, n. 3314.

²⁶ Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2013, n. 19375.

Senonché bisogna fare i conti con il divieto di analogia in materia penale, contro il quale – ci sembra – si scontra un’obiezione non facilmente superabile: il caso in cui la condotta molesta è realizzata in un luogo pubblico *virtuale* (nel caso di specie, la bacheca di Facebook “aperta”) è simile ma diverso dal caso in cui la molestia si realizza in un qualsivoglia luogo pubblico *reale* (o fisico). Non ci sembra, in altri termini, che il giudice possa ricondurre la c.d. bacheca di Facebook a uno dei possibili significati compatibili con il tenore letterale del termine “**luogo**”²⁷ di cui all’art. 660 c.p.; se non al prezzo di una illegittima integrazione²⁸ della legge penale. D’altra parte, quando il legislatore ha inteso dare rilievo (e tutela) a *luoghi informatici virtuali* – come il c.d. domicilio informatico – lo ha fatto espressamente (si pensi alla norma che incrimina l’accesso abusivo a un sistema informatico o telematico)²⁹.

6. Considerazioni conclusive: sull’opportunità di una riforma dell’art. 660 c.p.

Le riscontrate difficoltà di ricondurre alla fattispecie di cui all’art. 660 c.p. le molestie realizzate attraverso i *social network* e internet ci sembra suggeriscono al legislatore una riforma semplice quanto opportuna: dare rilievo, come modalità alternativa di realizzazione delle molestie, accanto al “mezzo del telefono”, alla rete internet, ovvero a **qualsiasi strumento informatico o telematico**. Un simile intervento di adeguamento dell’incriminazione alle nuove tecnologie, d’altra parte, sarebbe coerente con la recente riforma del delitto di **atti persecutori** ex art. 612 *bis* c.p., rispetto al quale la contravvenzione di cui all’art. 660 c.p. si pone in *rapporto di progressione criminosa*. L’art. 660 c.p. punisce infatti solo gli stadi prodromici o comunque più lievi di offesa alla tranquillità personale; al contrario, il delitto di *stalking* entra in gioco nel momento in cui alla molestia seguano ulteriori eventi previsti in via alternativa: un perdurante e grave stato d’ansia o di paura, un fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, il cambiamento delle proprie abitudini di vita³⁰. Ebbene, rispetto a quest’ultima figura di reato, come si è accennato, nel 2013 il legislatore ha introdotto la previsione di

²⁷ Sui rapporti tra analogia e interpretazione si veda G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p.170-171. Si veda anche F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *l’offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 214-215, il quale afferma come sia preferibile “l’ancoraggio tradizionale del divieto di analogia al solo vincolo del significato letterale (o dei possibili significati letterali) delle espressioni utilizzate dal legislatore. Ancoraggio che risponde, peraltro, all’essenziale funzione *garantistica*, e non soltanto democratica, del divieto di analogia: che è – come e più ancora si quanto vale per il principio di precisione – una garanzia di *prevedibilità* della decisione giudiziale (...)”.

²⁸ Si riferisce all’analogia come integrazione o “autointegrazione” della legge G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, IV ed., Torino, 1987, p. 159.

²⁹ Sulla tutela penale del domicilio informatico v., tra gli altri, 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*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. VII, Torino, 2011, p. 300 ss.

³⁰ Cfr. F. BASILE, sub *Art. 660 c.p.*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 6702.

un'aggravante proprio per il caso in cui il fatto sia commesso **attraverso strumenti informatici o telematici**³¹. Sarebbe allora del tutto coerente con questa scelta politico-criminale dare rilievo ai medesimi strumenti nella disciplina della contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.

³¹ Cfr. *supra* nota n. 13.



CHI SIAMO

“Diritto penale contemporaneo” è stata una rivista on line, ad accesso libero e senza fine di lucro, pubblicata a partire dal 1° novembre 2010 fino al 1° ottobre 2019, nata dall'idea di creare uno spazio di discussione comune tra il mondo degli operatori del diritto penale - magistrati e avvocati - e quello dell'accademia, italiana e internazionale.

A partire dal dicembre 2011, a questa rivista si è affiancata una *Rivista trimestrale*, parimenti on line e ad accesso gratuito.

Il progetto di “Diritto penale contemporaneo” è nato da un'iniziativa comune di [Luca Santa Maria](#), che ha ideato, finanziato e promosso il progetto, e di [Francesco Viganò](#), che è stato sin dalle origini il direttore della rivista fino alla sua nomina a giudice costituzionale, nel febbraio del 2018.

La rivista è stata edita dall'Associazione “Diritto penale contemporaneo”, presieduta dall'Avv. Santa Maria. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista erano composti da docenti e ricercatori di numerose università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

La qualità scientifica dei contributi pubblicati nel decennio di vita della Rivista è stata garantita dal comitato scientifico. Tutti i contributi pubblicati nella sezione ‘papers’ sono stati inviati in forma anonima ad un componente del comitato scientifico, individuato secondo criteri di competenza e di rotazione, il quale ha espresso parere favorevole alla pubblicazione.

La rivista ha fatto proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Codice ISSN di “Diritto penale contemporaneo”: 2039-1676