

## Appunti sul difficile rapporto tra linguaggio, diritto penale e tecnologia

STEFANO LEUCCI\*

Solo quando la forma ti sarà completamente chiara,  
ti si renderà chiaro lo spirito.

*R. Schumann*

1. Il linguaggio è la forma che contiene la sostanza: come la musica vuole le note racchiuse in spartito, così il diritto vuole le parole sintetizzate in legge.

Che sia diritto o musica, il “messaggio” «viene “messo in bottiglia” e lanciato in mare aperto»<sup>1</sup>. Come afferma Ottò Kàrolyi, «bello o brutto, esso è consegnato alla scrittura e l'autore ne è pienamente responsabile»<sup>2</sup>.

La forma sembra essere un *medium* necessario a svariati scopi, *in primis*: la comprensione. L'autore, legislatore o compositore, sa che il suo testo verrà compreso «secondo una complessa strategia di interazioni»<sup>3</sup>: questo “misterioso e affascinante passaggio” non è mai immediato, ma è sempre veicolato da una soggettiva attività ermeneutica che può assumere cadenze molto diverse, ma che resta in ogni caso imprescindibile<sup>4</sup>. Nel momento in cui si comprende, direttamente si interpreta, ridisciogliendo la forma in spirito.

Proprio come un compositore, il legislatore traduce il suo spirito creativo in segni, donandogli la forza dell'autorevolezza sua propria. Ma «i segni sul

\* Al momento della stesura del presente lavoro, l'A. era studente presso l'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale. Il presente contributo riproduce, salvo lievi modifiche, la tesina premiata al termine del Corso della Cattedra Alessandro Galante Garrone, affidata, per l'a.a. 2011-2012, al Prof. Francesco Palazzo (per maggiori informazioni sulla Cattedra si veda il sito [disge.unipmn.it/galantegarrone\\_cattedra.aspx](http://disge.unipmn.it/galantegarrone_cattedra.aspx)). Al momento di questa pubblicazione, l'A. è dottorando presso il Dipartimento di Ingegneria e scienza dell'informazione dell'Università di Trento.

<sup>1</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 155.

<sup>2</sup> O. KÀROLYI, *La grammatica della musica. La teoria, le forme e gli strumenti musicali*, Torino, Einaudi, 2000, p. 21.

<sup>3</sup> U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, p. 107.

<sup>4</sup> F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in Vogliotti M. (a cura di), “Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare”, Torino, Giappichelli, 2008, p. 252.

pentagramma sono non più che un'occasione»<sup>5</sup>: un "imprescindibile" ancora da coniugare in base al contesto in cui l'interprete si dimena.

Il precetto legislativo, come lo spartito, «sconta i limiti inerenti a qualsiasi comunicazione mediante il linguaggio»<sup>6</sup>, che altro non sono che «l'essenza della perfezione: contiene tutte le interpretazioni possibili, e dunque non limita l'autonomia dell'interprete»<sup>7</sup>. Questo perché il linguaggio, principale *medium* del diritto, vive di ambiguità e vaghezza: combustibile essenziale di un processo evolutivo, chiaro sintomo di vitalità dell'ordinamento giuridico e garanzia di progresso. Se il mondo delle interpretazioni fosse governato da una rigida uniformità, l'ordinamento giuridico avrebbe una evoluzione lentissima, del tutto inadatta alla mutevolezza sociale tipica del mondo contemporaneo. Che tale mutevolezza possa essere inseguita solo dalla variazione della legge è un'illusione<sup>8</sup>: questo meccanismo che a prima vista sembra perverso, non è altro che il cuore pulsante dell'intero sistema giuridico vivente<sup>9</sup>.

Consapevole di questo intrigante gioco di contrappesi, è spesso proprio quel legislatore-compositore a limitarsi nel dettare con precisione assoluta i confini delle norme, lasciando all'incessante lavoro della giurisprudenza coadiuvata dalla dottrina, la specificazione dei vari tipi di casi. In questo modo il sistema giuridico acquista flessibilità, con l'ulteriore vantaggio di potersi in qualche misura adeguare a concezioni ed esigenze nuove<sup>10</sup>.

L'ambiguità del linguaggio e le clausole generali delle leggi non sono altro che le carrucole del solido vascello del diritto, attraverso le quali i giudici, in uniforme marinara, tendono o allentano le corde della vela ingrossata dalla brezza indomabile della società. I dogmi e i principi giuridici sono i limiti della tensione: solo un esperto navigatore riuscirà ad impedirne rotture dalle conseguenze nefaste.

2. Da questa introduzione emerge chiaramente come i conflitti di interessi e i problemi che si possono presentare nella vita sociale sono infiniti e le leggi, pur disciplinando ampie categorie di situazioni, ne lasciano scoper-

<sup>5</sup> E. CIONE, *Problemi di estetica musicale*, in "Logos", 1938, p. 25.

<sup>6</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 155.

<sup>7</sup> G. GRAZIOSI, *L'interpretazione musicale*, Torino, Einaudi, 1952, p. 29.

<sup>8</sup> Dello stesso avviso W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in "Ars interpretandi", 1997, p. 176.

<sup>9</sup> A. MARCHESELLI, *Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana*, Milano, Melampo, 2009, p. 69.

<sup>10</sup> P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 13.

te zone più o meno vaste, scegliendo minuziose regolamentazioni solo per alcuni settori.

A fronte di una «realtà sempre più plasmata e pervasa di tecnologia»<sup>11</sup>, le impetuose modificazioni dell'economia e della società fanno emergere talvolta nuovi problemi: finché non venga emanata una nuova legge, essi mancano di una disciplina specifica.

Nondimeno, qualsiasi controversia che insorga necessita pur sempre di una decisione precisa<sup>12</sup>. L'art. 12 comma 2 delle preleggi<sup>13</sup> accorre in aiuto dell'interprete con il procedimento per analogia: ricavare una regola di giudizio per quel caso concreto che non appaia espressamente disciplinato dalla legge, tramite l'applicazione della norma prevista per un caso che appaia simile per *ratio* (*analogia legis*), ovvero tramite l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico (*analogia juris*)<sup>14</sup>.

Non sempre questo procedimento è intuitivo, arrivando anzi a elevati livelli di complessità e dubbio: «l'interprete dovrà attribuire alla legge lo scopo che meglio si accorda con il suo meccanismo, secondo un criterio di ragione; dovrà preferire lo scopo più coerente con quelli ai quali sono ispirate le altre leggi dell'ordinamento e, se il dubbio permane, dovrà preferire lo scopo più utile e degno»<sup>15</sup>.

*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.*

Elemento centrale dello strumento analogico è lo scopo della norma, fondamentale fulcro di un giudizio di somiglianza.

3. La liquidità moderna<sup>16</sup> pervade anche il legislatore: la ricerca di flessibilità dell'ordinamento enfatizza il ruolo dell'interprete e dello strumento analogico. Due sono le conseguenze dirette: le leggi diventano oscure, l'ambito di discrezionalità cresce proporzionalmente<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> 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, tomo 2, 2007, p. 1293.

<sup>12</sup> P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>13</sup> Art. 12 co. 2 disp. prel. c.c.: "Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

<sup>14</sup> A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 47.

<sup>15</sup> P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 12.

<sup>16</sup> In merito si veda Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, Laterza, 2000.

<sup>17</sup> W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 176.

La portata di questo fenomeno ha ricadute diverse a seconda del settore dell'ordinamento che si osserva: «vi sono settori dell'ordinamento che per loro natura sono, per così dire, in movimento (come ad esempio il diritto commerciale e il diritto tributario) e altri che si basano su una regolamentazione in un certo senso stabile (come ad esempio il diritto di famiglia o il diritto penale).

Gli ambiti “mobili” sopportano un diritto giudiziale flessibile meglio di quelli “stabili”. L'attuazione di cambiamenti normativi frequenti e spettacolari ha in questi ultimi l'effetto di trasmettere un senso di instabilità e di irritazione, nei primi invece sta ad indicare efficienza e modernità»<sup>18</sup>.

Generalmente il diritto penale è l'ambito giuridico più solido e stabile nel quale i cambiamenti normativi vanno ponderati sin nel minimo dettaglio, richiedono molto tempo e la loro introduzione deve essere inscenata in modo solenne. Questo è giustificato dalla invasività dell'arsenale di strumenti utilizzati in caso d'infrazione delle sue norme: strumenti così pericolosi che una società civile non può che garantirne la certezza e i limiti, preservandoli da mani sbagliate e impiegandoli in modo prudente, uniforme e proporzionale<sup>19</sup>.

Unendo l'importanza dei beni giuridici che deve proteggere il diritto penale con l'odiosità degli strumenti a sua disposizione è facile intuire l'importanza centrale che il linguaggio assume: la precisione dev'essere massima.

Il brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* sintetizza il principio di legalità come compito e obiettivo, più che caratteristica: «garanzia suprema per il cittadino, affiancato dal principio della certezza della legge»<sup>20</sup>. Frutto del pensiero illuminista, il principio di legalità cresce a si eleva «da sala di rappresentanza a struttura portante dell'edificio penale»<sup>21</sup>.

Nella nostra Carta costituzionale, l'art. 25 comma 2<sup>22</sup> lo enuncia solennemente allo scopo di proteggere la libertà personale dall'arbitrio del potere

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 177.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003, p. 94.

<sup>21</sup> P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, Vol. 36, tomo 1, 2007, p. 4.

<sup>22</sup> Art. 25 co. 2 Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

giudiziario<sup>23</sup>. La riserva di legge qui contenuta impone al legislatore e al giudice quattro rigide disposizioni<sup>24</sup>: il legislatore deve formulare le norme nel modo più preciso possibile (*lex certa*), il legislatore e il giudice non possono applicare leggi con effetto retroattivo a svantaggio dell'imputato (*lex praevia*), il giudice penale può emettere una sentenza di condanna sulla sola base di una legge scritta evitando il diritto consuetudinario (*lex scripta*), né può applicare le leggi penali per analogia a svantaggio dell'imputato (*lex stricta*).

Il divieto di analogia, come corollario del principio di legalità, è chiaramente rivolto al giudice penale: quest'ultimo non deve pronunciare alcuna sentenza di condanna né stabilire alcun aggravamento delle conseguenze giuridiche sulla base di un'applicazione analogica della legge. Maggiore precisione del legislatore conduce verso una più facile rilevazione e correzione di eventuali violazioni del divieto di analogia. In uno stato di diritto che volesse realizzare il miglior garantismo penale «legislatori e giudici, ovvero *lex certa* e *lex stricta*, dovrebbero tendersi la mano»<sup>25</sup>. Ciò che conta «non è tanto la disposizione della formulazione legale astratta, quanto piuttosto la *regula juris* assunta in concreto dal giudice con la sua decisione: che non debordi cioè oltre l'«isola» della fattispecie incriminatrice ovvero che si lasci prevedere come possibile conseguenza di essa. Nell'una come nell'altra prospettiva, dunque, il tema della legalità-determinatezza s'avviluppa strettamente con quello di interpretazione»<sup>26</sup>.

Come sostiene Kaufmann, convinto dell'imprescindibile dimensione analogica del diritto e dell'interpretazione, «il problema delimitativo riguarda il come sia possibile fissare, nella dimensione analogica, per mezzo di criteri adeguati, un confine in qualche misura attuabile nella prassi tra l'estensione della legge *contra reum* consentita e quella vietata»<sup>27</sup>.

Non si può prescindere da una precisazione: il divieto di analogia ha ragion d'essere solo in un sistema in cui le norme sono formulate in modo «rigoroso e tassativo, con la precisa individuazione dei casi ai quali debbono

<sup>23</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 46.

<sup>24</sup> W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 179.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 180.

<sup>26</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, cit., p. 1308.

<sup>27</sup> A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*; trad. it. G. CARLIZZI (a cura di), Napoli, Vivarium, 2004, p. 81.

essere applicate»<sup>28</sup>. Quando le norme sono formulate in modo “onnicomprensivo e indeterminato” non vi è ragione di vietare le applicazioni analogiche, dato che la loro ampia portata renderà improbabile l’esistenza di lacune.

Un esempio di normativa estremamente generica è individuabile nell’art. 615-ter c.p.<sup>29</sup>: «sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza» è un’espressione verbale estremamente ampia, che necessita di procedimenti analogici per essere concretamente applicata ai molteplici casi della vita. Al contrario, l’elencazione contenuta nell’art. 594 c.p.<sup>30</sup> («comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni») permette un ricorso inferiore – se non nullo – allo strumento analogico.

4. Il rapporto tra diritto e linguaggio costituisce un eterno tema di discussione: «a mutare sono solo le congiunture che segnano i termini di tale rapporto»<sup>31</sup>, ma le conseguenze possono essere sconvolgenti. Le parole di Pulitanò sono esemplari: «controversie interpretative fanno parte della normale vita del diritto»<sup>32</sup>.

A norma dell’art. 1 c.p.<sup>33</sup>, il giudice non può punire fatti che non siano espressamente preveduti come reato dalla legge; secondo quanto enunciato dall’art. 14 delle preleggi<sup>34</sup>, non può applicare le leggi penali oltre i casi e i tempi in esse considerate. Proprio da questi assunti sono sgorgati fiumi di parole di giuristi e filosofi moderni e contemporanei. Il mito originario derivato dall’art. 12 comma 1 delle preleggi<sup>35</sup>, sembrava affidare il *discrimen* alla trama lessicale del testo e all’intenzione del legislatore. La dottrina

<sup>28</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 149.

<sup>29</sup> Art. 615-ter co. 1 c.p.: «Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni».

<sup>30</sup> Art. 594 co. 2 c.p.: «Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa».

<sup>31</sup> W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 173.

<sup>32</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 168.

<sup>33</sup> Art. 1 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

<sup>34</sup> Art. 14 disp. prel. c.c.: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerate».

<sup>35</sup> Art. 12 disp. prel. c.c.: «Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore».

è unanime nel dimostrare l'insufficienza di questi parametri ermeneutici<sup>36</sup>: come afferma Kaufmann, «il diritto è una corrispondenza per cui la totalità del diritto non è un insieme di paragrafi né un'unità di norme, bensì un'unità di rapporti: un'unità relazionale. Unità relazionale, corrispondenza: ma questo significa analogia»<sup>37</sup>.

Il dubbio che ha guidato – e guida tuttora – le penne irrequiete degli studiosi è capire «dove passa il confine»<sup>38</sup> tra interpretazione estensiva – ammessa – e analogia in *malam partem*: se ogni atto interpretativo riconduce all'analogia, fin dove può spingersi il giudice nella sua attività ermeneutica?

Il problema fondamentale sta proprio nel *medium* del diritto: il linguaggio e la sua fisiologica ambiguità. Ogni parola, ogni espressione letterale, ogni norma, in quanto espressione di senso, ha sempre un margine di chiara determinatezza e un altro di certa indeterminatezza<sup>39</sup>. Il celebre esempio di Hart della regola che vieta di introdurre veicoli nel parco<sup>40</sup> permette di concretizzare la portata del problema. Egli sostiene che in ogni regola esiste un nucleo semantico in cui ricadono i casi “paradigmatici”, cioè quelli che non suscitano dubbi nell'applicare la norma. Accanto a questo nucleo chiaro esiste sempre un'area di penombra il cui significato varia da contesto a contesto: qui l'interprete deve fare una scelta precisa assumendosi la relativa responsabilità, costruendo un giudizio di somiglianza tra il caso in questione e il caso paradigmatico. Hart spiega come, tra i diversi criteri utilizzabili, il più rilevante sia lo scopo della regola che «non è qualcosa di dato che l'interprete trova davanti a sé pronto per l'uso, ma è qualcosa che deve ricostruire in ogni momento applicativo»<sup>41</sup>. I problemi nascono, quindi, dalle situazioni «al confine»<sup>42</sup>: l'arte ermeneutica del giudice consiste nel decidere se annettere il singolo caso dubbio al nucleo di certezza positiva - condannando il soggetto - o se spostarlo nell'area di certezza negativa. Un'operazione resa

<sup>36</sup> Sull'argomento si veda R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>37</sup> A. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 81.

<sup>38</sup> Il quesito è anche il titolo del lavoro di M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>39</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, cit., p. 1314.

<sup>40</sup> In merito si veda H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1991.

<sup>41</sup> M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 248.

<sup>42</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 156.

decisamente ardua dalla mancanza di «regole interpretative specificamente penalistiche desumibili dai grandi principi del diritto penale»<sup>43</sup>.

L'evoluzione moderna del concetto di interpretazione non può limitarsi nell'atto meccanico di disvelare un'essenza semantica racchiusa nelle parole della legge. Il concetto di interpretazione è «mettere in relazione gli enunciati normativi tra di loro e con i fatti, paragonare un determinato caso della vita con un caso assunto come paradigmatico al fine di stabilire se debba prevalere un giudizio di somiglianza o di differenza e, quindi, se quel fatto possa essere riconosciuto come un'occorrenza del tipo legale o debba essere emarginato dal campo semantico dell'enunciato normativo»<sup>44</sup>.

Qui sta il vero limite del divieto di analogia: il giudice non è vincolato direttamente al testo quale entità semantica composta dalla connessione di parole. Egli va oltre la forma, pur rimanendovi saldamente ancorato: la sostanza normativa che lo vincola è il criterio sintetizzato dietro le parole dal legislatore, che egli dovrà utilizzare per condurre il giudizio di similitudine attraverso il quale deciderà in che zona di significato collocare il caso in questione.

5. In una recente sentenza, la Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione<sup>45</sup> si trova a dover decidere le sorti di un caso "al confine" relativo alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.

La norma punisce «chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero con il mezzo del telefono, per petulanza o altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo», infliggendo la pena dell'arresto alternativa all'ammenda<sup>46</sup>. Il tribunale di merito emetteva sentenza di condanna nei confronti del soggetto che, «colla posta elettronica, inviava un messaggio contenente apprezzamenti gravemente lesivi della dignità e della integrità personale e professionale del convivente della destinataria».

Soffermandosi sul piano interpretativo, il problema è chiaramente espresso nel testo della sentenza: «la *quaestio juris* è se la interpretazione estensiva della previsione della norma incriminatrice, circa la molestia o il disturbo re-

<sup>43</sup> F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 261.

<sup>44</sup> M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., p. 6.

<sup>45</sup> 45 Cass. Pen., sez. I, 17 giugno 2010, n. 24510.

<sup>46</sup> Art. 660 c.p.: «Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a €516».

cati col mezzo del telefono, possa essere dilatata fino a comprendere l'invio di corrispondenza elettronica sgradita».

La tesi del tribunale, collocata in una visione dinamica ed evolucionista, consapevole della mobilità del diritto rapportato alla tecnologia, spiega come «la tipizzazione della condotta incriminata [...] sia un'indicazione aperta legata all'evolversi dei mezzi tecnologici disponibili, con la conseguenza che l'aumento della gamma delle opportunità intrusive offerte dal progresso tecnologico si correla alla espansione dell'ambito delle condotte in grado di integrare l'elemento strutturale della molestia e del corrispondente livello di tutela apprestato alle potenziali vittime, restando inalterata la *ratio* della norma incriminatrice».

A supporto di questa tesi, il giudice di merito sottolinea come la giurisprudenza di legittimità abbia ravvisato gli estremi della contravvenzione nella condotta attuata con il citofono<sup>47</sup> e come l'*e-mail* venga inoltrata col mezzo del telefono. Al contrario, la Corte di Cassazione considera inattendibili entrambi gli elementi rafforzativi della tesi del tribunale, sottolineando la differenza fondamentale tra la tipologia di comunicazione telefonica e lo strumento dell'*e-mail*: «la modalità della comunicazione [*e-mail*] è asincrona. L'azione del mittente si esaurisce nella memorizzazione di un documento di testo in una determinata locazione della memoria dell'elaboratore del gestore del servizio; mentre la comunicazione si perfeziona se e quando il destinatario, connettendosi a sua volta all'elaboratore e accedendo al servizio, attivi una sessione di consultazione della propria casella di posta elettronica e proceda alla lettura del messaggio». La Corte continua evidenziando come «l'invio di un messaggio di posta elettronica – esattamente come una lettera spedita tramite servizio postale – non comporta (a differenza della telefonata) nessuna immediata interazione tra il mittente e il destinatario, né veruna intrusione diretta del primo nella sfera delle attività del secondo».

Il punto cruciale della questione sta nella scelta del criterio su cui fondare il giudizio di similitudine: la “sincronicità” dello strumento di comunicazione. In questo modo si potrà permettere l'inclusione del citofono o degli SMS<sup>48</sup>, ma non dell'*e-mail*. Sulla base di questo ragionamento, la corte di Cassazione cassa la sentenza del tribunale di merito, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato: una corretta applicazione del garantismo proprio del divieto di analogia in *malam partem*, condotta mediante un giu-

<sup>47</sup> In merito si veda Cass. Pen., sez. VI, 5 maggio 1978, n. 8759.

<sup>48</sup> In merito si veda Cass. Pen., sez. III, 26 giugno 2004, n. 28680.

dizio di similitudine tra un caso paradigmatico (telefono, citofono) e basato sul “fulcro” della sincronicità della comunicazione includendo estensivamente la messaggistica SMS e ponendo al di fuori dell’area di certezza semantica il caso dubbio dell’e-mail, scagionando l’imputato.

Un interessante problema viene suggerito da numerosi commentatori della pronuncia, esperti di diritto dell’informatica<sup>49</sup>: la posta elettronica, strumento di comunicazione asincrona, potrebbe mutare in sincrona nel caso in cui il ricevente avesse abilitato la ricezione tramite il suo *smartphone*<sup>50</sup> con sistema di *push-mail*<sup>51</sup>; in questo caso la ricezione e il disturbo che ne deriverebbe, non avrebbe alcuna differenza con lo strumento dell’SMS, includendo il caso all’interno della fattispecie di cui all’art. 660 c.p. In merito, la Corte di Cassazione aveva infatti chiarito come il disvalore incriminato dall’articolo in questione «non sia tanto il messaggio molesto che il destinatario è costretto ad ascoltare (per telefono), quanto ogni messaggio (nel caso degli SMS) che il destinatario è costretto a percepire, sia *de auditu* che *de visu*, prima di poterne individuare il mittente, perché entrambi i tipi di messaggi mettono a repentaglio la libertà e tranquillità psichica del ricevente»<sup>52</sup>.

Al criterio di similitudine da individuare per il mezzo utilizzato per integrare il reato, bisogna accostare la *ratio* della norma nel suo complesso: sincronicità della comunicazione che metta a repentaglio la libertà e tranquillità psichica del ricevente. Sono evidenti i molteplici profili di complessità che investono anche il delicato rapporto tra diritto e tecnica<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Si vedano, in particolare, F.P. MICOZZI, *Molestie e email. Breve commento alla sent. 24510/2010*, in “Quid Novi”, ([micozzi.it/?p=262](http://micozzi.it/?p=262)) e A. MONTI, *Inviare e-mail fastidiose non è reato*, in “IctLex” ([ictlex.net/?p=1176](http://ictlex.net/?p=1176)).

<sup>50</sup> Uno *smartphone*, o in italiano telefonino intelligente, è un dispositivo mobile che abina funzionalità di telefono cellulare a quelle di gestione di dati personali. [...] La caratteristica più interessante degli *smartphone* è la possibilità di installarvi ulteriori applicazioni, che aggiungono nuove funzionalità. [...] Sono quasi sempre inclusi la connessione dati ovvero l’accesso a internet, le *e-mail*, la pianificazione delle attività, [...]. (WIKIPEDIA, [it.wikipedia.org/wiki/smartphone](http://it.wikipedia.org/wiki/smartphone)).

<sup>51</sup> L’espressione *push e-mail* si riferisce a quei sistemi di posta elettronica, in cui i messaggi in arrivo vengono attivamente inviati da un *mail server* al programma *client* anziché essere scaricati su richiesta del *client* stesso. Questo tipo di tecnologia viene impiegata soprattutto per consentire la ricezione di posta elettronica in tempo reale su terminali come *smartphone* e palmari [...]. (WIKIPEDIA, [it.wikipedia.org/wiki/push\\_email](http://it.wikipedia.org/wiki/push_email)).

<sup>52</sup> Cass. Pen., sez. III, 26 giugno 2004, n. 28680.

<sup>53</sup> Sul tema si veda G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in “Il diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2012, n. 4-5, p. 831.

6. Il caso analizzato si allinea in quel filone di sentenze ancora rispettose del principio di stretta legalità di cui all'art. 25 della Carta Costituzionale non per ancoraggio asfittico al testo, tipico di un "candido erede di Beccaria"<sup>54</sup>, ma per analisi ponderata dello scopo della norma quale criterio cardine dell'attività ermeneutica dei giudici, raggiungendo il punto cardine dell'intero principio: la prevedibilità della punizione. La diretta conseguenza di questa concezione contemporanea del principio di legalità e del divieto di analogia è uno spostamento della responsabilità dal potere legislativo a quello giudiziario. Quest'ultimo, per una tacita "compensazione" di poteri, assume il duro compito di «concretizzare portata e limiti dell'illecito penale»<sup>55</sup>, consentendo la «predominanza di un diritto giurisprudenziale o vivente accusato di essere [...] il figliastro deviante di un presunto diritto penale legislativo»<sup>56</sup> per la sua tendenza ad allargare fino al massimo consentito il tessuto semantico della fattispecie penale. Palazzo ricorda che «l'argine del linguaggio è necessario perché in sua assenza il bisogno di tutela espresso dalla realtà dei fatti concreti [...] finirebbe per compromettere la necessaria frammentarietà del diritto penale»<sup>57</sup>. La conseguenza sarebbe che «di analogia in analogia, il diritto penale finirebbe per estendere la sua ragnatela sulla società uccidendo libertà individuale e vita sociale»<sup>58</sup>.

Parte della dottrina manifesta questa paura. Fiandaca<sup>59</sup>, sottolineando come nessuno vigili sulla reale osservanza del divieto di analogia, propone un intervento di ingegneria istituzionale volto alla creazione di un nuovo organo di controllo in seno alla Corte Suprema di Cassazione o interno alla Corte Costituzionale, avente la funzione di «reprimere le devianze ermeneutiche»<sup>60</sup>, rendendosi però subito conto dell'estrema difficoltà di «inquadralo nei binari di un assetto politico-costituzionale che aspiri a riequilibrare i poteri»<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> Espressione utilizzata da P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2009, n. 38, p. 1901.

<sup>55</sup> G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in Fiandaca G., "Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti", Padova, Cedam, 2002, p. 5.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 270.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 271.

<sup>59</sup> G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

Di diverso avviso è invece la giurisprudenza: già nel 1974, la Corte Costituzionale<sup>62</sup> parlava di “diritto vivente” per indicare «la norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici e come vive nella realtà concreta»<sup>63</sup>. Una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>64</sup> chiarisce il punto: «il processo di conoscenza di una norma presuppone una relazione di tipo concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma [...] non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum* che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione esatta della portata della norma che nella sua dinamica operativa vive attraverso l’interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall’attività concretizzatrice della giurisprudenza». L’atteggiamento della giurisprudenza è quindi favorevole alla fonte giurisprudenziale come «vettore di determinatezza semantica in grado di contribuire a rendere ragionevolmente prevedibili le conseguenze penali dell’azione»<sup>65</sup>.

7. Come sostiene Vogliotti, per quanto il legislatore si sforzi di essere preciso nella descrizione della fattispecie, i confini dell’interpretazione restano sfocati. Anzi, l’eccesso di precisione da parte del legislatore potrebbe risultare addirittura dannoso, generando testi incapaci di «aderire alle imprevedibili sfumature dei fatti e alla loro mutevolezza»<sup>66</sup>. La sede processuale è il momento in cui questi confini vengono chiariti e delineati con precisione alla luce del fatto e mediante un diritto penale che fa sempre più ricorso al precedente giudiziale come fonte di chiarezza. Il legislatore non ha quindi il compito di “congelare” il contenuto semantico nel testo tramite una minuziosa descrizione della casistica; egli deve «trasmettere all’interprete, nel modo più chiaro possibile, la visione penalistica della realtà»<sup>67</sup>. Il divieto di analogia non può quindi essere configurato come un vincolo di interpretazione restrittiva della fattispecie penale: «il giudice non deve né interpretare restrittivamente né può interpretare estensivamente. Egli deve semplicemen-

<sup>62</sup> Cost., 11 dicembre 1974, n. 276.

<sup>63</sup> Dello stesso avviso Cost., 23 giugno 1956, n. 3. e Cost., 29 dicembre 1972, n. 198.

<sup>64</sup> Cass. Pen, sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288.

<sup>65</sup> M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., p. 9.

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 138.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

te interpretare»<sup>68</sup> avendo come unico vincolo il criterio normativo, curandosi di essere «coerente con la sostanza dell'incriminazione»<sup>69</sup> e di «escludere dall'alveo penale fatti la cui rilevanza penale non è ragionevolmente prevedibile»<sup>70</sup>. Per portare a termine questo suo compito, «l'interprete non può limitarsi a consultare il dizionario, ma deve confrontarsi con l'intera enciclopedia scritta fino a quel momento dalla comunità alla quale egli appartiene»<sup>71</sup>: la ricostruzione dello scopo della regola «allarga l'orizzonte ermeneutico dell'interprete fino ad abbracciare l'intero *opus* del diritto», che non va affrontato «con lo sguardo chino sui singoli termini che compongono la regola e nemmeno sulla regola nel suo insieme, ma con lo sguardo levato a contemplare l'intera costellazione valoriale che illumina il senso complessivo dell'opera che costituisce la linfa delle regole e dei principi»<sup>72</sup>. Difendendo il senso letterale del testo<sup>73</sup>, comprendendolo e studiandolo fino a quando non sarà chiara la forma, l'interprete ne avrà finalmente chiaro lo spirito.

“Dopotutto, se bastassero un codice e un dizionario, a che cosa servirebbero cinque anni di studio?”<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> *Ivi*, p. 143.

<sup>69</sup> Tipico lessico utilizzato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e ripreso da M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., p. 143.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit., p. 249.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Parafrasi da U. ECO, *op. cit.*, p. 107.

<sup>74</sup> Frase pronunciata dal Prof. F. Palazzo durante la lezione del 2 maggio 2012 per il ciclo di lezioni in seno alla Cattedra Galante Garrone, svoltasi presso l'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale.