

osservatori

sez. 6_1 panorama internazionale

| doc. 921

LE COSIDDETTE PERQUISIZIONI *ON LINE* (O PERQUISIZIONI ELETTRONICHE)

– *di* Stefano Marcolini

| doc. 922

LA “*GROSSE*” *KRONZEUGENREGELUNG*: LA RECENTE NORMATIVA TEDESCA SUI COLLABORATORI DI GIUSTIZIA. UN ISTITUTO E UN LEGISLATORE SOTTO

ACCUSA – *di* Franco Lettieri

| doc. 923

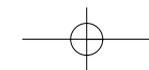
LA COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI DI GIURISDIZIONE IN SENO AD *EUROJUST*

– *di* Maria Lucia Di Bitonto

sez. 6_2 prospettive interdisciplinari per la giustizia penale

| doc. 924

SULLA DIMENSIONE SOCIALE DELLA CONOSCENZA — *di* Maria Cristina Amoretti



panorama internazionale

a cura di Francesca Ruggieri, Lucio Camaldo, Gaetano De Amicis, Gabriella Di Paolo, Gabriele Iuzzolino e Stefano Marcolini

Ricco di interventi su realtà di altri ordinamenti che spesso anticipano le problematiche del nostro, il numero è dedicato alla perquisizioni *on line*, alle più recenti riforme tedesche (con specifico riguardo al teste della corona), al principio del *ne bis in idem* nell'ambito dell'attività di Eurojust e ad una rilevante pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di misure di prevenzione.

| 921 LE COSIDDETTE PERQUISIZIONI ON LINE (O PERQUISIZIONI ELETTRONICHE (*)

L'Autore approfondisce un istituto di diritto processuale che fatica ancora a trovare una ben precisa collocazione nel nostro ordinamento ma di cui i n altri ordinamenti si è già discusso a lungo: le cd. perquisizioni *on line*.

Sommario 1. Le perquisizioni on line: descrizione del fenomeno — 2. Il principio di atipicità delle indagini preliminari — 3. Le perquisizioni on line come atti di indagine atipici incidenti sulla riservatezza della vita privata — 4. Il limite al compimento degli atti di indagine atipici: le garanzie costituzionali — 5. La riservatezza della vita privata nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nel nuovo sistema delle fonti italiano — 6. Inutilizzabilità (od inammissibilità) costituzionale delle perquisizioni on line nell'attuale panorama italiano.

1. LE PERQUISIZIONI ON LINE: DESCRIZIONE DEL FENOMENO

Gli scopi del presente scritto sono due: dare una sommaria descrizione di quella che ben può definirsi una nuova modalità di investigazione all'interno del procedimento penale; così inquadrato il fenomeno sotto il punto di vista tecnico, cercare quindi di individuare, se esiste, quale sia il suo trattamento giuridico.

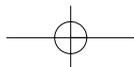
Le c.d. perquisizioni *on line* (od elettroniche) rappresentano un mezzo di indagine relativamente recente, che al momento non è stato oggetto di particolari riflessioni nel panorama dottrinario e giurisprudenziale italiano, ma che si è viceversa trovato al centro di un vivace dibattito nell'ordinamento tedesco, a seguito di una importante

di
**Stefano
Marcolini**

—
*Ricercatore confermato
in diritto processuale
penale
Università degli Studi
dell'Insubria*

(*) Testo dell'intervento al Congresso nazionale di beneficenza per gli studenti abruzzesi dal titolo «Internet e diritto – Il futuro dell'informatica giuridica e del diritto delle nuove tecnologie in Italia: prospettive

de iure condendo e urgenza di una "ricostruzione normativa", tenutosi a Pescara il 19-20 giugno 2009, integrato alla luce delle non poche novità, normative e giurisprudenziali, successivamente intervenute.



sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale) del febbraio del 2008 sulla c.d. *Online Durchsuehung* ⁽¹⁾.

Dal punto di vista tecnico, le perquisizioni *on line* consentono di far copia, parziale o totale, delle unità di memoria del sistema informatico "attenzionato" (*on line search* o *one-time copy*); di rilevare e registrare nel tempo quali siti web vengono visitati attraverso quel sistema od attraverso i particolari account che si riferiscono a quel sistema (*on line surveillance*); al limite, di decifrare quel che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema stesso ⁽²⁾. L'intrusione è possibile in due modi: inserendo, nel sistema informatico da "osservare", un programma ad hoc, che sia in grado appunto di captare i dati sopra descritti e di trasmetterli, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti agli organi dell'investigazione; leggendo tali dati durante la loro trasmissione tramite uno *sniffer* ⁽³⁾, secondo un ampio ventaglio di possibilità tecniche, dipendenti dagli scopi dell'indagine e dalla sofisticatezza tecnica del "programma spia" che viene inserito nel sistema ospite o dello *sniffer*. Il tutto avviene, ovviamente, all'insaputa dell'utilizzatore del sistema, che *si presume sia* appunto l'indagato ⁽⁴⁾.

Sono evidenti le potenzialità di un simile strumento investigativo nell'accertamento di determinate tipologie di reati, in specie per quell'ampia serie di violazioni che la dottrina penalistica accomuna sotto il nome di "reati informatici" ⁽⁵⁾.

Non interessa qui indagare le eventuali, possibili conseguenze di diritto penale sostanziale a carico degli investigatori che compiano atti di perquisizione *on line*: conseguenze da articolare a seconda delle diverse strumentazioni e modalità tecniche impiegate e che ruotano, quantomeno, intorno alle fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico qualora si inserisca un programma nel sistema (art. 615-ter c.p.), e di intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche nel caso di utilizzo di uno *sniffer* (art. 617-quater c.p.).

Preme invece sin da subito sottolineare che le perquisizioni elettroniche, come tutti gli atti a sorpresa, trovano precipuo (se non esclusivo) ambito di applicazione nella fase delle indagini, in cui il soggetto nei cui confronti si procede non è ancora a conoscenza della propria qualità e non sospetta di essere posto sotto osservazione.

Nel caso delle indagini in discorso, oltretutto, ciò che si pone sotto osservazione è un sistema informatico: nulla le perquisizioni *on line* possono dire, di per sé, circa l'identità della persona che in quel momento lo sta utilizzando, si tratti o meno della

⁽¹⁾ Per ogni aspetto della vicenda tedesca cfr. la traduzione, per stralci, della sentenza in Riv. trim. dir. pen. ec., 2009, p. 679 ss., con nota di FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuehung*, ivi, 695.

⁽²⁾ Sulla diversa gamma di possibilità tecniche cfr. sempre FLOR, *Brevi riflessioni*, cit., p. 696-697.

⁽³⁾ «*Sniffers, also known as network analyzers, can read electronic data as it travels through a network. Network administrators use them to monitor networks and troubleshoot network connections. Sniffers can help network administrators find and resolve network problems. However, a hacker can break into a network*

and install a sniffer that logs all activity across a network, including the exchange of passwords, credit card numbers, and other personal information»: KLEINDIENST-COUGHILIN-PASQUARELLA, *Computer crimes*, in 46 *Am. crim. l. rev.*, p. 318.

⁽⁴⁾ Dato, ci si rende conto, per nulla scontato, essendo possibile che un sistema sia utilizzato da più soggetti, non solo con *account* diversi ma anche in modo "promiscuo". Sul punto cfr. subito *infra* nel testo.

⁽⁵⁾ Sul tema dei reati informatici cfr., per tutti, PICOTTI, *Reati informatici* (voce nuova - 1999), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXVI.

persona indagata. Il problema, già postosi nella prassi ⁽⁶⁾, è risolto caso per caso, alla luce di tutte le risultanze in concreto disponibili.

Allo stesso modo in cui nessun atto di investigazione, comportante limitazione di diritti fondamentali dell'indagato, può essere posto in essere da privati (e nemmeno dal difensore in sede di investigazioni difensive), coerentemente alla sistematica del codice di rito, su un piano definitorio non possono essere ricomprese nell'ambito delle perquisizioni *on line* le attività che, pur rispondendo alla descrizione proposta, siano poste in essere non già dagli organi dell'investigazione penale, bensì da "semplici" privati (che non agiscano quali ausiliari dei predetti organi).

Su un piano temporale, le perquisizioni *on line* devono collocarsi, almeno ai fini del presente lavoro, nella fase di investigazione *successiva* all'acquisizione di una notizia di reato, giammai prima ed al fine di ricercare notizie di reato. Per evitare scenari da *inquisitio generalis*, la giurisprudenza afferma tradizionalmente che nessun mezzo di ricerca della prova può trasformarsi in strumento di ricerca della stessa *notitia criminis* ⁽⁷⁾. In realtà, per le perquisizioni *on line* dovrebbe farsi un discorso parzialmente diverso, se solo si riflette intorno alla già citata vicenda tedesca della *Online Durchsuchung*, strumento dotato — nella sua duplice veste di "*on line search*" e di "*on line surveillance*" — non solo di potenzialità investigative rispetto ad un reato commesso, bensì anche di una spiccata attitudine preventiva e proattiva rispetto a reati futuri o comunque non ancora noti ⁽⁸⁾. Ma una tale estensione di campo aprirebbe scenari troppo vasti, per cui, come il legislatore interno ha inteso distinguere le intercettazioni propriamente "giudiziali" (artt. 266 ss. c.p.p.) dalle intercettazioni preventive (art. 226 att. c.p.p.), allo stesso modo è bene tener distinte le perquisizioni *on line* da effettuarsi all'interno del procedimento penale da quelle che, in ipotesi, si potrebbero svolgere prima o al di fuori di esso ed è bene precisare che, nel presente lavoro, per "perquisizioni *on line*" si intenderanno solo quelle del primo tipo.

Descritto per sommi capi il fenomeno, si formula il quesito cui si vorrebbe cercare di dare risposta. Posto che l'impressionante progresso tecnico-scientifico rende ormai possibile l'impiego di programmi che consentono le perquisizioni *on line*, una tale attività d'indagine, se effettuata, che trattamento ha nel processo penale? Prescindendo da ogni considerazione di carattere penale sostanziale, essa è giuridicamente ammissibile nel processo? In caso di risposta affermativa, di quali garanzie deve essere circondata, prima, durante e dopo la sua esecuzione? E, sempre in caso di risposta affermativa, i contributi conoscitivi ottenuti sono utilizzabili unicamente nella fase procedimentale od anche nel dibattimento?

2. IL PRINCIPIO DI ATIPICITÀ DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Come noto, vige nell'ordinamento processuale italiano il c.d. principio di atipicità delle indagini preliminari secondo cui, accanto agli atti espressamente previsti dal legislatore, gli organi dell'investigazione possono anche porne in essere di non specificamente normati. A riconoscerlo è stata la stessa Relazione al Progetto preliminare del

⁽⁶⁾ Si pensi all'attività di contrasto contro la pedopornografia di cui all'art. 14 della legge 3 agosto 1998, n. 269.

⁽⁷⁾ Cfr. Sez. III, 18 giugno 1997, n. 2450, Sirica, in questa rivista, 1998, 2081, con nota di ROMBI.

⁽⁸⁾ Cfr. FLOR, *Brevi riflessioni*, cit., p. 696-7 e 703 ss.

codice di rito vigente ⁽⁹⁾, in ciò poi seguita tanto dalla dottrina ⁽¹⁰⁾ quanto dalla giurisprudenza ⁽¹¹⁾. A tale *genus* la Cassazione ha ad es. ricondotto il pedinamento tradizionale ⁽¹²⁾, nonché la c.d. localizzazione mediante GPS ⁽¹³⁾, ritenendoli ambedue di competenza della polizia giudiziaria, anche in carenza di previo provvedimento dell'autorità giudiziaria ⁽¹⁴⁾.

Prima di approfondire il tema delle investigazioni atipiche, però, occorre chiedersi se le perquisizioni *on line* non siano suscettibili di essere ricondotte in una figura tipica di atto di indagine, il che consente, tra l'altro, di rimarcare alcune loro peculiarità.

3. LE PERQUISIZIONI ON LINE COME ATTI DI INDAGINE ATIPICI INCIDENTI SULLA RISERVATEZZA DELLA VITA PRIVATA

Va preliminarmente precisato che, nella ricerca di un modello tipico cui ricondurre le perquisizioni *on line*, deve adottarsi un canone ermeneutico di interpretazione tassativa. Per diretto mandato costituzionale, infatti, in queste ipotesi la norma processuale penale è volta a dare attuazione alla riserva di legge, ovvero a stabilire "casi e modi" attraverso cui i pubblici poteri possono attingere diritti altrimenti definiti inviolabili (artt. 13-15 Cost.): casi e modi insuscettibili, pertanto, di interpretazioni analogiche od estensive.

Nello sforzo di ricercare un parametro legale già esistente, cui ricondurre le perquisizioni *on line*, un primo riferimento potrebbe essere fatto alle perquisizioni tradizionali. Ma emergono subito molteplici punti di divergenza, che non consentono di ricondurre le prime alla disciplina tipica delle seconde (artt. 247 ss. c.p.p.). Le perquisizioni tradizionali possono essere unicamente personali o locali e sono strutturalmente orientate alla ricerca del corpo del reato e/o delle cose pertinenti al reato che, in caso di reperimento, vengono senz'altro sequestrate; le perquisizioni *on line*, invece, si svolgono per lo più in quel luogo virtuale che è il *web*, possono prescindere dalla ricerca del corpo del reato e/o delle cose pertinenti al reato e non sfociano necessariamente in un sequestro. Soprattutto, è vero che le perquisizioni tradizionali sono atti

⁽⁹⁾ Progetto preliminare del codice di procedura penale - Relazione, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988; in particolare, per la polizia giudiziaria si afferma che «nel quadro delle attività ad iniziativa della polizia giudiziaria da compiersi prima dell'intervento del pubblico ministero, si è inteso distinguere una attività "informale", diretta ad assicurare le fonti di prova mediante una azione di ricerca, individuazione e conservazione, sostanzialmente libera nei modi di suo svolgimento, e taluni atti "tipici" soggetti ad una più rigorosa disciplina» (191); per il p.m., si parla di attività «ispirata alla "forma libera e alla atipicità degli atti"» (198).

⁽¹⁰⁾ Cfr., per tutti, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10^a ediz., Giuffrè, 2007, p. 259-260 e 283, nonché TRANCHINA, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 97-99 e 128-9.

⁽¹¹⁾ Cfr., ad es., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 16818, Gori, in C.E.D. Cass., n. 239774, relativa a riconoscimento fotografico di polizia giudiziaria, secondo cui

«la disciplina processuale (artt. 55 e 348 c.p.p.) è orientata al principio dell'atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria, alla quale compete pertanto il potere-dovere di compiere di propria iniziativa, finché non abbia ricevuto dal pubblico ministero direttive di carattere generale o deleghe per singole attività investigative, tutte le indagini che ritiene necessarie ai fini dell'accertamento del reato e dell'individuazione dei colpevoli e quindi anche quegli atti ricognitivi che quest'ultima finalità sono diretti a conseguire, quali l'individuazione di persone o di cose».

⁽¹²⁾ Sez. II, 30 ottobre 2008, n. 44912, Sozzo, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 5, p. 90.

⁽¹³⁾ Sez. VI, 11 dicembre 2007, n. 15396, Sitzia, in C.E.D. Cass., n. 239635 (fattispecie relativa al pedinamento satellitare dell'autovettura di un indagato).

⁽¹⁴⁾ Opinione per la quale si impone, probabilmente, un ripensamento, quantomeno per la localizzazione mediante GPS (cfr. *infra*, § 6).

a sorpresa, nel senso che non deve essere dato previo avviso del loro compimento all'indagato, ma quest'ultimo, ove presente, ben si accorge, durante lo svolgimento delle operazioni, di essere sottoposto all'atto coercitivo, tanto da avere diritto ad una serie di avvisi in chiara funzione garantistica (notifica del decreto motivato, invito a nominare un difensore di fiducia ovvero, in mancanza, designazione di un difensore d'ufficio⁽¹⁵⁾, conseguente diritto di farsi assistere dal difensore⁽¹⁶⁾); le perquisizioni *on line*, invece, non sono solamente atti a sorpresa ma, per essere fruttuose, devono restare ignote all'indagato durante tutto il corso del loro svolgimento.

Né le novità introdotte dalla legge n. 48 del 2008 possono far mutare tale conclusione⁽¹⁷⁾. Alla luce dell'art. 247, comma 1-*bis* c.p.p., infatti, anche quando hanno per oggetto sistemi informatici o telematici, le perquisizioni "tradizionali" non vengono meno alla loro finalità di ricerca di cose pertinenti al reato e rimangono comunque presidiate dagli ordinari diritti difensivi appena sopra menzionati.

Quanto sin qui detto potrebbe allora portare ad un accostamento alle intercettazioni, specie di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 266-*bis* c.p.p.): anche le intercettazioni, durante il loro svolgimento, devono restare ignote al soggetto attinto, cioè all'indagato. L'iniziale, suggestiva similitudine lascia peraltro il campo a insormontabili differenze. Come noto, il *common core* delle intercettazioni è dato dalla captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo⁽¹⁸⁾: definizione che si deve ritenere applicabile anche alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche intercorrenti tra utenti del *web*. Sia ben chiaro: ove le perquisizioni *on line* fossero preordinate a (o comunque consentissero nel concreto di) captare delle conversazioni tra utenti, il tutto si risolverebbe in una intercettazione ai sensi dell'art. 266-*bis* c.p.p., obbligando al rispetto delle forme ivi previste e comportando, in caso di inosservanza, l'inutilizzabilità degli esiti (art. 271, comma 1, c.p.p.). Ma non è questo il fenomeno su cui si vuol portare l'attenzione (se non altro perché esso, risolvendosi in una intercettazione illegittima, troverebbe già una compiuta disciplina, anche sanzionatoria)⁽¹⁹⁾: le perquisizioni *on line* sono concepite per ottenere un elevato numero di informazioni utili senza alcuna necessità di percepire comunicazioni in atto tra utenti, bensì semplicemente attraverso la sistematica o periodica raccolta di dati presso il sistema informatico utilizzato dall'indagato (*on line search*) od attraverso la registrazione dei suoi movimenti sul web (*on line surveillance*). A questo proposito, premesso che, sotto il profilo tecnico, "muoversi" nella rete comporta necessariamente l'invio ed anzi lo scambio di dati tra

⁽¹⁵⁾ Cfr. Sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, Mariano, in *questa rivista*, 2000, p. 2225.

⁽¹⁶⁾ Art. 365 c.p.p.

⁽¹⁷⁾ Sulla legge n. 48 del 2008 cfr. AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, a cura di Luparia, Giuffrè, 2009; PICOTTI e LUPARIA, *La ratifica della convenzione Cybercrime del consiglio d'Europa (commento alla l. 18 marzo 2008 n. 48)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 696; NOVARIO, *Criminalità*

informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla l. 18 marzo 2008 n. 48 al codice di procedura penale, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1069. Utili spunti anche in LUPARIA e ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica - L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁽¹⁸⁾ Definizione pacifica: Sez. VI, 9 febbraio 2005, n. 12189, Rosi, in *questa rivista*, 2006, p. 606.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ancora § 1.

più sistemi informatici o telematici (il proprio e, quantomeno, quello del *provider* del servizio), giovi la seguente precisazione. Captare tali dati integra senza dubbio, in astratto, il reato di cui all'art. 617-*quater*, comma 1, c.p. che punisce, tra l'altro, l'apprensione di comunicazioni «*intercorrenti tra più sistemi*», ma non integra ancora l'intercettazione di comunicazioni processualmente rilevante, la quale richiede, rispetto alla norma sostanziale, un *quid pluris*: che le comunicazioni intercorrano non tra meri sistemi informatici, bensì tra utenti, vale a dire tra persone fisiche che agiscono con l'intenzione di comunicare l'una con l'altra a mezzo della rete ⁽²⁰⁾. Ecco che allora risulta chiaro, per sottrazione, il possibile oggetto delle perquisizioni *on line*: per non ricadere sotto la disciplina *tipica* delle intercettazioni, esse devono avere come fine l'apprensione di dati aventi carattere "non comunicativo tra utenti", per utilizzare l'espressione di recente giurisprudenza di legittimità ⁽²¹⁾.

Nemmeno la categoria delle ispezioni pare in grado di offrire una soluzione appagante. Si è soliti insegnare che, rispetto alle perquisizioni, la cui finalità è la ricerca di determinati oggetti (corpo del reato, cose pertinenti al reato), le ispezioni sono strutturalmente tese a fotografare una situazione di fatto suscettibile di modifica (artt. 244 ss. c.p.p.). Né il quadro è mutato per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 48 del 2008, che si è limitata a contemplare, all'art. 244, comma 2, c.p.p., anche i sistemi informatici e telematici come possibili oggetti di ispezione, ma senza mutare la natura genetica dell'atto ispettivo. Viceversa, le perquisizioni *on line* risultano totalmente estranee alla funzione denotativa-descrittiva, tipicamente statica, delle ispezioni, essendo atte ad una "subdola" raccolta, anche prolungata nel tempo, di dati ed informazioni di pertinenza dell'indagato, alla sua insaputa. Da ciò discende l'inadeguatezza delle garanzie legali previste: ai sensi dell'art. 364 c.p.p., l'ispezione è normalmente sottoposta a termini di preavviso (comma 1) e, anche nei casi di maggior urgenza, è sempre «*fatta salva [...] la facoltà del difensore d'intervenire*» (comma 5): facoltà che presupporrebbe una *discovery* che frustrerebbe radicalmente gli scopi di qualsiasi perquisizione *on line*.

Potrebbe allora, da ultimo, venir naturale accostare le perquisizioni *on line* al pedinamento, atto sia pure (o forse appunto) *atipico* di indagine, magari mediante il suggestivo accostamento dello spazio fisico in cui si svolge il pedinamento con lo sterminato spazio virtuale (il *web*) in cui potrebbe avvenire la perquisizione *on line*. Ma anche tale accostamento è fallace ed anzi consente di porre un punto fermo da cui muovere per ogni successiva riflessione.

Ed in effetti, se l'accostamento avvenisse per applicare alla perquisizione *on line* la disciplina del pedinamento, sarebbe chiaro l'errore. La giurisprudenza, infatti, ritiene che il pedinamento sia atto di indagine atipico di polizia giudiziaria e che *non* sia intrusivo della sfera privata, perché non limiterebbe, diversamente dai mezzi di ricerca della prova, la libertà morale del controllato ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ L'intuizione relativa a questo "scollamento" tra la nozione di intercettazione penalmente rilevante ex art. 617-*quater* c.p. e di intercettazione rilevante a fini processuali è già in FLOR, *Brevi riflessioni*, cit., 698. Esemplicando, ove un utente si colleghi ad un sito di aste *on line* e vi osservi alcuni oggetti, sicur-

mente genera uno scambio di dati tra sistemi, ma ancora non comunica a fini processuali; ove egli effettui un'offerta ad altro utente, pone in essere un'attività comunicativa.

⁽²¹⁾ Cfr. *infra*, § 4.

⁽²²⁾ Così Sez. II, 30 ottobre 2008, cit.

Non si vuole al momento sottoporre a critica la correttezza di simile assunto, bensì solamente notare come, viceversa, non vi sia atto più intrusivo della sfera privata della perquisizione *on line*, a prescindere (come già detto) da ogni considerazione in ordine alla possibile violazione di una qualche norma di diritto penale sostanziale. Sia che si presenti sotto forma di “pedinamento virtuale”, cioè di raccolta dei dati di navigazione sul web (*on line surveillance*) sia che consista nella copia dei dati già contenuti nel sistema informatico di riferimento (*on line search* o *one-time copy*) o nella captazione *on line* di qualsiasi altro dato “non comunicativo tra utenti”, essa consente di raccogliere una impressionante mole di “dati personali” — secondo la definizione data dall’art. 4, comma 1, lett. b) d.lg. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. codice della privacy — del soggetto interessato (come, per la verità, anche di altri soggetti) ⁽²³⁾ e, quindi, di incidere in modo drammatico sul bene giuridico costituito dalla c.d. riservatezza dei dati personali: riservatezza che, a tutto voler concedere, non pare non possa essere ricondotta *quantomeno* alla protezione offerta dall’art. 2 Cost., in assenza di una diversa e più specifica disposizione costituzionale che la protegga.

4. IL LIMITE AL COMPIMENTO DEGLI ATTI DI INDAGINE ATIPICI: LE GARANZIE COSTITUZIONALI

Aver concluso per l’atipicità delle perquisizioni *on line* (nonché per la loro non assimilabilità nemmeno al pedinamento) non rappresenta ancora una soluzione al problema.

Definire atipico un determinato atto di indagine, in quanto non rientrante in nessuno schema legale, non significa ovviamente che vi sia assoluta libertà di compierlo, perché tale conclusione legittimerebbe ogni tipo di abuso ⁽²⁴⁾.

Se si discute di un “riconoscimento” fotografico realizzato presso gli uffici della polizia giudiziaria, si può ancora consentire (pur con fondate perplessità in ordine alla genuinità di un successivo formale atto di individuazione *ex art.* 361 c.p.p. o di una ricognizione dibattimentale *ex artt.* 213 ss. c.p.p.) che esso, di per sé, non vulneri una libertà fondamentale dell’indagato; ma valori costituzionali come la libertà personale, quella domiciliare, nonché la segretezza delle comunicazioni (artt. 13, 14 e 15 Cost.) non possono essere incisi se non con le garanzie previste dalla Carta fondamentale.

È quello che si può definire “approccio funzionale” della giurisprudenza al tema degli atti di indagine atipici: in carenza di disciplina legale, quel che conta per capire se e come possono essere compiuti è su quali valori costituzionali vadano ad incidere.

Premesso che sono ipotizzabili tre livelli decrescenti di garanzia del privato di fronte a possibili atti di indagine compiuti nei suoi confronti — riserva di legge e riserva di giurisdizione, solo l’una o solo l’altra, nessuna di esse ⁽²⁵⁾ —, emblematico di quel-

⁽²³⁾ La raccolta di quella che, nel testo, definisco “impressionante mole” di informazioni è ovvia conseguenza delle premesse investigative da cui muove la perquisizione *on line*: la ricerca di dati a carattere probatorio, relativi all’indagato.

⁽²⁴⁾ Cfr., per considerazioni ormai “classiche”, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998, p. 43 e 202.

⁽²⁵⁾ Il massimo di tutela si realizza, ovviamente, quando all’astratta previsione della riserva di legge in ordine ai casi ed ai modi dell’intrusione si aggiunge la riserva di atto motivato dell’autorità giudiziaria per la singola autorizzazione all’intrusione: è il modello previsto appunto, sia pure con diverse sfumature, dagli artt. 13, 14 e 15 Cost.

lo che si vuole definire approccio funzionale della giurisprudenza è il caso deciso dalle sezioni unite della Corte di cassazione nel c.d. caso Prisco ⁽²⁶⁾.

Vale la pena di ripercorrere i passaggi fondamentali di tale pronunzia, avente ad oggetto la spendibilità processuale della captazione di videoriprese non comunicative in luoghi aperti al pubblico effettuata dalla polizia giudiziaria.

Appare ancora una volta doveroso premettere che, ove si captassero comunicazioni, si rientrerebbe nello schema tipico delle intercettazioni, con quanto ne consegue in punto di garanzie (richiesta del P.M., provvedimento autorizzatorio del g.i.p., modalità esecutive, ecc.) e di invalidità nel caso di loro inosservanza (art. 271, comma 1, c.p.p.).

Ma se si captano videoriprese di comportamenti non comunicativi, secondo le sezioni unite in esame rileva in modo decisivo il luogo di ripresa.

La videocaptazione di comportamenti non comunicativi nel *domicilio* richiede il rispetto delle doppie garanzie previste dall'art. 14 Cost., posto appunto a tutela dell'inviolabilità domiciliare: garanzie che sono, segnatamente, la riserva di legge e quella di atto motivato dell'autorità giudiziaria. Poiché, pertanto, tale mezzo di indagine — captazione di videoriprese non comunicative — non è, almeno attualmente, disciplinato dalla legge, *non può* svolgersi nel domicilio: «le riprese video di comportamenti "non comunicativi" non possono essere eseguite all'interno del "domicilio", in quanto lesive dell'art. 14 Cost. Ne consegue che è vietata la loro acquisizione ed utilizzazione anche in sede cautelare e, in quanto prova illecita, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p.» ⁽²⁷⁾. Viene qui evocato il concetto di "prova incostituzionale": finalmente la Corte di cassazione, dopo decenni di intenso dibattito dottrinario (cui aveva sempre fatto eco una certa refrattarietà giurisprudenziale) ⁽²⁸⁾, gli riconosce diritto di cittadinanza nell'ordinamento italiano, secondo un percorso ricostruttivo che fa discendere dalla violazione della norma costituzionale (in questo caso l'art. 14) la sanzione della inutilizzabilità della prova sotto il profilo della sua inammissibilità ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, in questa rivista, 2006, p. 3937, con note di RUGGIERI e DI BITONTO.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*. Altro passaggio motivazionale interessante è il seguente: «certo è che se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio» (ivi, p. 3942).

⁽²⁸⁾ Per i riferimenti in ordine al tema della prova incostituzionale sia consentito rinviare a MARCOLINI, *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia*, ETS, Pisa, 2007, p. 407 ss.

⁽²⁹⁾ Dopo aver affermato, quasi a voler ridimensionare le proprie precedenti affermazioni, che «non occorre però prendere posizione sul dibattito relativo agli effetti che la violazione delle norme costituzionali di garanzia può avere sull'attività probatoria prevista

dal codice di rito, né stabilire se la sanzione dell'inutilizzabilità attenga solo alla violazione dei divieti stabiliti dalla legge processuale o riguardi anche la violazione di norme costituzionali (...)» (Sez. un., 28 marzo 2006, cit., 3943), la Corte afferma appunto che il tema dell'inutilizzabilità riguarda solo le prove tipiche e che invece le prove atipiche, prima della loro ammissione non sono prove, «perciò se sorge questione sulla legittimità delle attività compiute per acquisire i materiali probatori che le sorreggono ci si deve interrogare innanzi tutto sulla loro ammissibilità, piuttosto che sulla loro utilizzabilità, e a parere di queste Sezioni unite se si fa corretta applicazione dell'art. 189 c.p.p. le videoregistrazioni acquisite in violazione dell'art. 14 Cost. devono considerarsi inammissibili» (*ibidem*).

In realtà, se è vero che la giurisprudenza non sembra aver mai compiutamente distinto, ai fini dell'operare della sanzione dell'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., tra le varie fasi del procedimento probatorio, la

Viceversa, la captazione di comportamenti non comunicativi in *luoghi aperti al pubblico*, come i *privé* di un locale notturno (era questo il caso scrutinato dalla Corte) od i bagni di un bar o di un ristorante, non incide sul domicilio, bensì “solo” sulla riservatezza della vita privata, cioè sull’art. 2 Cost., che non pone alcuna riserva di legge espressa. Ne consegue, secondo la Corte di cassazione, che tale attività investigativa rientra pienamente nello schema dell’art. 189 c.p.p. e necessita unicamente del previo provvedimento dell’*autorità giudiziaria* (quindi, anche solo del P.M.), che deve comunque essere pur sempre *motivato* ⁽³⁰⁾.

5. LA RISERVATEZZA DELLA VITA PRIVATA NELLA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI E NEL NUOVO SISTEMA DELLE FONTI ITALIANO

Secondo le sezioni unite appena viste, dunque, atti di indagine atipici che vulnerino “unicamente” il diritto alla riservatezza dell’indagato possono essere compiuti, pur in assenza di espressa previsione legale, a condizione che vi sia la garanzia del provvedimento motivato dell’*autorità giudiziaria*.

Su tale conclusione, apparentemente lineare, è però destinata ad incidere la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU). Successivamente alle sezioni unite appena viste, risalenti al 2006, si è infatti avuta una vera e propria rivoluzione nel sistema delle fonti di diritto interno: con sentenze n. 348 e 349 del 2007, nonché 39 del 2008, la Corte costituzionale, facendo leva sull’art. 117, comma 1, Cost., ha stabilito che le norme della CEDU hanno, nell’ordinamento italiano, rango interposto, vale a dire superiore a quello della legge ordinaria ed inferiore solo a quello delle norme costituzionali ⁽³¹⁾. Ove si sospetti che una norma di legge ordinaria contrasti con la CEDU — e, annotazione essenziale, con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, che ne è l’interprete autentico — ed ove il contrasto non sia eliminabile con gli ordinari strumenti dell’interpretazione conforme, detta norma può ed anzi deve essere sottoposta allo scrutinio del giudice delle leggi, cui spetta appunto l’ultima decisione.

Importanti conferme di tale impostazione vengono da tre ulteriori, recenti pronunce della Corte costituzionale: la n. 311 e la n. 317 del 2009 ed infine la n. 93 del 2010.

La prima di queste si segnala per il puntuale riepilogo che contiene, al § 6 del “Considerato in diritto”, sul rango e sull’efficacia delle norme della CEDU nel diritto interno, nonché sul ruolo dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo. In partico-

dottrina ha da tempo affermato che l’inutilizzabilità riguarda sicuramente le fasi di acquisizione e, ancor prima, di ammissione della prova: GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 102-110, anche per ulteriori rimandi.

⁽³⁰⁾ Sez. un., 28 marzo 2006 cit., p. 3944: «Sono queste, e non quelle in ambito domiciliare, le riprese che possono avvenire sulla base di un provvedimento motivato dell’*autorità giudiziaria*, sia essa il pubblico ministero o il giudice».

⁽³¹⁾ Sulle due sentenze del 2007 si vedano almeno: AA.VV., *Forum: La Cedu nelle sentenze 348 e 349/2007 della corte costituzionale*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 171; CAPPUCCIO, *La corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell’uomo e costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 47; CONTI, *La corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corriere giur.*, 2008, p. 205.

lare, ove investita di una questione di legittimità di una norma interna, per sospetto contrasto con quella convenzionale, la Corte costituzionale «dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU»⁽³²⁾.

La seconda pronunzia esplicita ancor meglio tale concetto: «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale». Tale «combinazione virtuosa» viene anche definita «continua e dinamica integrazione», e lo scopo del meccanismo viene individuato nella «massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»⁽³³⁾.

La terza si segnala come l'ultima pronunzia – ovviamente allo stato – del percorso volto ad attribuire alla CEDU il rango di norma interposta, inferiore alla Costituzione ma superiore alla legge ordinaria. Essa contiene un puntuale riepilogo di tutti i principi illustrati nelle precedenti sentenze⁽³⁴⁾ e si segnala perché ribadisce con forza che, prima ed al fine di sollevare questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* deve provare ad «*allineare la disciplina censurata alle pronunce della Corte europea per via d'interpretazione*»⁽³⁵⁾.

Ora, come noto, il sistema della CEDU contiene, a differenza della Costituzione italiana, una norma espressa in materia di tutela del diritto alla riservatezza. Secondo l'art. 8 CEDU, segnatamente, «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza» (art. 8.1 CEDU); ed inoltre: «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria» per una serie di finalità tassativamente previste e che non interessa al momento elencare (art. 8.2 CEDU)⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ C. cost., sent. n. 311 del 2009, *Considerato in diritto*, § 6.

⁽³³⁾ C. cost., sent. n. 317 del 2009, *Considerato in diritto*, § 7.

⁽³⁴⁾ C. cost., sent. n. 93 del 2010, *Considerato in diritto*, § 4.

⁽³⁵⁾ C. cost., sent. n. 93 del 2010, *Considerato in diritto*, § 8.

⁽³⁶⁾ Su tale norma ed altre omologhe nel panorama internazionale cfr. TIBERI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nelle Carte e nelle Corti internazionali*, in questa rivista, 2009, 4467 (I^a parte) e 2010, 355 (II^a parte).

È vero che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha enucleato una concezione abbastanza flessibile della ingerenza "prevista dalla legge", dovendo ricavare un minimo comune denominatore tale da abbracciare 47 ordinamenti giuridici, che spaziano dal *common law* al *civil law* ⁽³⁷⁾; però è altrettanto vero che, una volta filtrata nell'ordinamento italiano, la locuzione "ingerenza prevista dalla legge" non può che essere ricondotta al preciso ed univoco significato nazionale di "riserva di legge", con quanto ne consegue in punto alla doverosità, per il legislatore interno, di prevedere casi e modi di aggressione del bene tutelato.

Ma vi è di più: se l'art. 8 CEDU accomuna la riservatezza della vita privata, il domicilio e la corrispondenza sotto un unico "ombrello" di tutela, prevedendo che le ingerenze nell'esercizio di questi tre beni debbano trovare un fondamento legale, sarebbe razionale il comportamento di un legislatore interno che preveda casi e modi di intrusione solo per due di essi (segnatamente, domicilio e corrispondenza) e lasci invece piena libertà in ordine ai casi e modi di intrusione nel terzo (vita privata) ⁽³⁸⁾?

In definitiva, in forza dell'art. 8 CEDU, direttamente applicabile nell'ordinamento italiano per effetto dell'art. 117 Cost., è oggi necessaria una legge ordinaria per consentire ingerenze dei pubblici poteri nella riservatezza della vita privata delle persone, nonostante l'art. 2 Cost. nulla dica a riguardo. Ciò perché, nell'ottica ben evidenziata dalle pronunce costituzionali n. 311 e 317 del 2009, in questo caso è evidente il maggior livello di tutela che la fonte convenzionale introduce rispetto a quella interna, che quindi subisce una «virtuosa» integrazione sul punto. Ed i pubblici poteri che agiscono nel processo penale non possono certo fare eccezione a ciò.

Ad analoga conclusione è possibile pervenire anche attraverso un nuovo percorso di diritto comunitario, reso possibile dalla recente entrata in vigore — il 1° dicembre 2009 — del Trattato di Lisbona. Secondo l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, da un lato «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6.1), dall'altro lato «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali

⁽³⁷⁾ Si veda, di recente, la sentenza della Corte europea, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, §§ 105-110. La Corte si occupa del concetto di "diritto" nell'art. 7 CEDU, che è significativamente quello che pone il principio di riserva di legge in materia penale. Al § 108, la Corte afferma: «la notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité (Cantoni c. France, 15 novembre 1996, § 29, Recueil 1996-V; S.W. c. Royaume-Uni, § 35, 22 novembre 1995; Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, §§ 40-41, série A no 260 A)».

⁽³⁸⁾ In altri termini: la Convenzione mostra di ritenere assimilabili, per natura ed importanza, i beni della vita privata, del domicilio e della corrisponden-

za, tanto da assoggettarli ad un comune regime di tutela, quello di riserva di legge. Differenziarne il trattamento a livello interno, riconoscendo solo a due di essi ciò che la Convenzione espressamente statuisce anche per il terzo significa introdurre una disparità di tutela del tutto contrastante con la norma internazionale.

Il ragionamento non è distante da quello compiuto, nel diverso ambito comunitario, dalla Corte di giustizia delle comunità europee a partire dalla nota sentenza 21 settembre 1989, in causa 68/88 (c.d. sentenza sul mais greco), con cui si è posto l'obbligo, per gli Stati membri, di «vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza» (§ 24).

comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6.3).

Nella prima prospettiva, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea protegge, all'art. 8, i dati di carattere personale, statuendo che essi possono essere trattati col consenso della persona interessata oppure sulla base di «*altro fondamento legittimo previsto dalla legge*». (art. 8.2). È vero che, secondo il successivo art. 51.1, la Carta dei diritti si applica unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione, ma è altrettanto vero che la materia della protezione dei dati personali risulta ampiamente comunitarizzata, anche a livello interno⁽³⁹⁾. Ed il diritto comunitario, come noto, prevale sul diritto interno contrastante: per cui, anche attraverso questa via, si può sostenere la necessità di una riserva di legge per incidere sui dati personali in assenza del consenso del titolare e la contrarietà al diritto comunitario non solo della legislazione ma anche della *prassi* eventualmente divergente.

Nella seconda prospettiva, non si farebbe altro che "attrarre" nel circuito comunitario, con l'effetto di rafforzarle (se ve ne fosse bisogno), le riflessioni poc'anzi svolte per quanto riguarda l'art. 8 CEDU.

6. INAMMISSIBILITÀ DELLE PERQUISIZIONI ON LINE NELL'ATTUALE PANORAMA ITALIANO

Sono a questo punto intuibili le conclusioni del ragionamento.

Sul versante della disciplina ordinaria, le perquisizioni *on line* non rientrano in alcuna figura legale tipica, per cui potrebbero al più ritenersi mezzi di indagine inominati (cfr. *supra*, §§ 2 e 3).

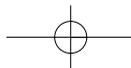
Sul versante delle garanzie coinvolte, le perquisizioni *on line* incidono — quantomeno — sul bene giuridico della riservatezza della vita privata (cfr. *supra*, § 3).

Secondo recente ed autorevole giurisprudenza di legittimità, una determinata attività investigativa atipica (e, quindi, non disciplinata dalla legge), che vada ad incidere su un bene giuridico costituzionalmente protetto da *riserva di legge*, contrasta direttamente con la norma costituzionale ed è perciò stesso inammissibile (cfr. *supra*, § 4).

La giurisprudenza costituzionale ha affermato che le norme della CEDU penetrano nell'ordinamento interno attraverso l'art. 117 Cost. ed hanno natura interposta, superiore a quella della legislazione ordinaria. Inoltre, secondo l'art. 8 CEDU, la vita privata è un bene giuridico che tollera ingerenze solo ove *previste dalla legge* (cfr. *supra*, § 5). Analoga riserva di legge è prevista anche dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*ibidem*).

Le conclusioni che se ne traggono è che, a prescindere da ogni possibile conseguenza di diritto penale sostanziale, se le perquisizioni *on line* fossero effettuate in un procedimento penale italiano, dovrebbero essere dichiarate inammissibili come prova perché, non previste dalla legge, verrebbero ad incidere su di un bene giuridico — la riservatezza della vita privata — la cui lesione, alla luce del nuovo combinato costituzionale-sovrannazionale (ed oggi anche comunitario), esige la previa determinazione, da parte del legislatore ordinario, dei casi e dei modi di aggressione di quel bene.

⁽³⁹⁾ Cfr. l'art. 16 del Trattato sul funzionamento europea, nonché soprattutto, per gli obblighi del legislatore interno, la direttiva 95/46/CE.



La perentorietà di tali conclusioni trova giustificazione anche in precise scelte valoriali. Forse non si è sufficientemente messa in luce l'insidiosità del mezzo oggetto di riflessione, che consente la raccolta di una mole impressionante ed indiscriminata di dati personali all'insaputa del soggetto attinto (e di quelli con cui entra in contatto), per un tempo indeterminato. In un simile quadro, la riserva a favore dell'autorità giudiziaria, posta dalle sezioni unite nel caso Prisco per la videoripresa nei luoghi aperti al pubblico, appare una garanzia necessaria ma non certo sufficiente: ancor più a monte si avverte la pressante necessità che sia il legislatore stesso a prevedere con ogni dettaglio possibile i casi, i modi ed i tempi del bilanciamento tra libertà ed autorità, ogni qual volta il vorticoso progresso tecnologico consenta nuove ed impensabili forme di aggressione a primari beni giuridici.

L'approdo sin qui raggiunto è suscettibile di proiettare l'ombra dell'inammissibilità per contrasto con norme costituzionali anche su altri ambiti. Si vuole alludere, ad es., alla già citata localizzazione mediante GPS: la facile assimilazione che la giurisprudenza compie tra quest'attività investigativa e il pedinamento tradizionale ⁽⁴⁰⁾ non convince, se solo si riflette sulla mole e sulla minuziosità di dati personali in ordine allo spostamento del soggetto, magari anche in luoghi privati, che la localizzazione consente di raccogliere, con infinitamente maggior agio rispetto al pedinamento tradizionale ⁽⁴¹⁾. Anche qui ad essere del tutto deficitaria è la previsione legale delle modalità, specie in ordine ai casi (ad es. alle tipologie di reati) ed alla durata della relativa attività investigativa.

Non si predica, sia chiaro, una antistorica chiusura delle porte del processo alle nuove modalità investigative; piuttosto, si esige che esse siano puntualmente normate, per elementari esigenze di garanzia.

Un esempio "virtuoso" in tal senso potrebbe trarsi dalla vicenda delle indagini genetiche (peraltro coinvolgenti la sfera di libertà personale, più intensamente tutelata dalla Carta fondamentale, rispetto alla "mera" riservatezza della vita privata) nella recente storia del processo penale italiano. Dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato, con sentenza n. 238 del 1996, l'incostituzionalità dell'art. 224, comma 2 c.p.p., nella parte in cui non predeterminava casi e modi con cui il giudice, in sede di perizia, avrebbe potuto incidere sulla sfera personale dell'indagato o dell'imputato ⁽⁴²⁾, e dopo una colpevole, pluriennale inerzia del legislatore ⁽⁴³⁾, la legge n. 85 del 2009 sembra finalmente aver normato con sufficiente chiarezza e determinatezza, all'art. 224-bis c.p.p., la fattispecie del compimento di perizie le cui modalità incidono sulla libertà personale, inserendo poi al successivo art. 359-bis c.p.p. anche la possibilità per il P.M. di disporre il prelievo di campioni biologici su persone viventi ⁽⁴⁴⁾.

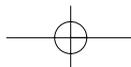
⁽⁴⁰⁾ Sez. VI, 11 dicembre 2007, cit.

⁽⁴¹⁾ Per un diverso approccio al tema, che muove da riflessioni di diritto comparato, cfr. DI PAOLO, *Acquisizione dinamica dei dati relativi all'ubicazione del cellulare ed altre forme di localizzazione tecnologicamente assistita. riflessioni a margine dell'esperienza statunitense*, in questa rivista, 2008, p. 1219 ss., nonché EAD., *Tecnologie del controllo e prova penale: l'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008, passim.

⁽⁴²⁾ C. cost., sent. n. 238 del 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 58.

⁽⁴³⁾ A non voler ritenere tale l'art. 349, comma 2-bis c.p.p. (introdotto dall'art. 10 comma 1 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, in l. 31 luglio 2005, n. 155).

⁽⁴⁴⁾ Sulla prova genetica cfr., per ogni ulteriore rimando, FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale - Il prelievo di materiale biologico*, Ipsa, 2007. Sulla legge n. 85 del 2009 cfr. AA.VV., *Prelievo*



Altro esempio, non a caso dal contenuto del pari tecnologicamente elevato, è quello del c.d. *data retention*. A fronte delle oscillazioni registratesi nella giurisprudenza, è infatti intervenuto il legislatore ordinario a definire nel dettaglio, all'art. 132 d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. codice della privacy), casi, modi e tempi di acquisizione dei dati del traffico telefonico.

Né si dimentichi, sul versante internazionale, che in Germania la *Online Durchsuchung* è stata ritenuta incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* — con considerazioni peraltro legate anche alla sua ineliminabile valenza preventiva e proattiva, secondo la legge tedesca — proprio perché, nel bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei diritti dei cittadini, tra cui il diritto di autodeterminazione informativa ed il diritto all'integrità ed alla riservatezza dei sistemi informatici, e l'opposta esigenza di prevenzione dei reati, la legge scrutinata era nettamente sbilanciata a favore di quest'ultima, non prevedendo in modo adeguato i presupposti ed i limiti della compressione dei diritti fondamentali dell'individuo e violando, in definitiva, il principio di proporzionalità ⁽⁴⁵⁾.

Si palesa qui la frontiera più avanzata di ogni successiva riflessione giuridica: tutte le volte in cui il legislatore abbia formalmente adempiuto il proprio obbligo di dare disciplina ad un dato istituto, spetterà al giudice delle leggi sindacare il merito di tali scelte, anche in virtù del fatto che l'art. 8.2 CEDU — parametro di riferimento "interposto" ormai necessitato — pone all'attività legislativa un limite "contenutistico" secondo cui ogni interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare del cittadino deve non solo essere prevista dalla legge ma pure costituire «una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» ⁽⁴⁶⁾.

del DNA e banca dati nazionale, a cura di Scarcella, Cedam, p. 2009.

⁽⁴⁵⁾ FLOR, *Brevi riflessioni*, cit., p. 708-9.

⁽⁴⁶⁾ Riporta che, con recente sentenza in data 8 ottobre 2009, la Corte costituzionale romena ha

dichiarato l'incostituzionalità della legge nazionale proprio sul *data retention* per ragioni appunto contenutistiche, anche di contrarietà all'art. 8 CEDU, FLOR, *Brevi riflessioni*, cit., p. 713 (in nota).