

FABIO NICOLICCHIA

I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano

L'Autore analizza il contenuto di una recente decisione resa dal *Bundesverfassungsgericht*, chiamato a valutare la legittimità di alcune misure di controllo occulto relative all'attività di prevenzione antiterroristica. Partendo dall'esame delle argomentazioni dei giudici tedeschi, si sviluppa un parallelo con l'attuale dibattito nazionale relativo all'impiego dei mezzi di ricerca probatoria tecnologicamente evoluti.

The author analyses a recent decision of the Bundesverfassungsgericht regarding the legitimacy of some hidden surveillance measures in the context of antiterrorism legislation. Starting from the reasoning of the German judges, a comparison with the national debate on the use of "technological" investigative means is developed.

SOMMARIO: 1. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* - 2. La verifica di proporzionalità dei nuovi strumenti di controllo. - 3. La trasposizione interna delle argomentazioni del giudice tedesco: il caso del c.d. "trojan horse". - 4. Tecniche di limitazione della sorveglianza: il limite assoluto costituito dal nucleo intangibile della vita privata dell'individuo.

1. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht*

La Corte costituzionale tedesca è di recente tornata ad esprimersi sulla legittimità di alcune misure di controllo occulto disciplinate a livello federale nel contesto delle attività di prevenzione antiterroristica all'interno del *Bundeskriminalamtgesetz (BKAG)*¹.

Più nel dettaglio, il *Bundesverfassungsgericht* prendeva in esame la disciplina relativa all'utilizzo di alcuni mezzi di sorveglianza "speciale" al di fuori del domicilio (intercettazioni ambientali di comunicazioni, videoriprese, utilizzo di dispositivi di localizzazione, intercettazione di flussi di comunicazioni telematiche, raccolta dei dati di traffico delle telecomunicazioni) nonché le previsioni riferite al controllo visivo ed acustico delle abitazioni. Per quanto qui più interessa, i giudici si soffermavano poi sull'utilizzo di strumenti di controllo

¹ *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, 20 aprile 2016, in www.bundesverfassungsgericht.de. Per un resoconto dei contenuti della pronuncia v. VENEGONI, GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in www.penalecontemporaneo.it. Dà atto della sentenza in commento, tra gli altri, FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 128.

assistiti dall'impiego di "nuove" tecnologie, trattando nel caso di specie dell'accesso da remoto a sistemi informatici ai sensi del § 20k *BKAG*².

La Corte - pur riconoscendo l'astratta compatibilità con il *Grundgesetz* delle limitazioni di alcuni dei diritti fondamentali dell'individuo conseguenti all'adozione delle modalità di sorveglianza nella specie esaminate - censurava alcune delle previsioni sottoposte al suo scrutinio in relazione a diversi aspetti. I rilievi si appuntavano sull'utilizzo delle informazioni per scopi diversi rispetto a quelli che giustificavano l'originaria esecuzione del controllo, oltre che sulle disposizioni relative al trasferimento delle sue risultanze ad altri Stati membri dell'Unione europea³.

I giudici si impegnavano anche in una diffusa analisi avente ad oggetto la verifica della sussistenza di una relazione di proporzionalità tra alcune delle interferenze esaminate rispetto alle prerogative dei singoli ed i fini perseguiti mediante la limitazione dei loro diritti costituzionali, verifica anch'essa culminata in una valutazione sotto diversi aspetti negativa.

A distanza di otto anni dal noto intervento che sanciva la "nascita" del nuovo diritto alla c.d. integrità dei sistemi informatici⁴, il *Bundesverfassungsgericht* torna dunque a confrontarsi con il tema della legittimità costituzionale dell'impiego di strumenti di controllo occulto assistiti dall'utilizzo di "nuove" tecnologie, offrendo anche in questo caso molteplici spunti interpretativi dotati di una rilevanza sicuramente capace di trascendere i confini della Repubblica federale.

² Occorre per completezza evidenziare come gli aspetti segnalati non esauriscano le questioni prese in esame dai giudici. Rilevano in tal senso anche ulteriori previsioni, quali quelle in materia di "interviste" ai sensi del § 20c *BKAG*, di informatori di polizia e di operazioni sotto copertura (§ 20g *BKAG*), di trattamento elettronico delle informazioni personali (§ 20j *BKAG*) e di oneri procedurali relativi al diritto al silenzio (§20u *BKAG*) nonché relative all'obbligo di notifica all'interessato del termine delle operazioni di sorveglianza (§ 20w *BKAG*).

³ Si vedano al riguardo le osservazioni di VENEGONI, GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta*, cit., 4; nonché, più in generale sulla "dottrina del vincolo di scopo" (*Zweckbindung*), ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. Negri, Roma, 2007, 97.

⁴ Si allude alla sentenza 1 BvR 370/07 - 595/07 del 27 febbraio 2008, in www.bundesverfassungsgericht.de, ed annotata da FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2009, 695 ss.; Id., *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 359. Per alcune considerazioni in argomento, prendendo spunto dalla «vicenda tedesca», MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, 2855.

Ciò pare soprattutto vero con riguardo all'ultima tematica menzionata, relativa all'approfondito scrutinio di proporzionalità condotto dalla Corte tedesca. Il ragionamento sviluppato al riguardo pare infatti prestarsi ad alcune considerazioni di carattere comparatistico anche in ragione della stringente attualità delle questioni affrontate, che si pongono al centro dell'attuale dibattito «in un momento storico nel quale si assiste ad un “mutamento genetico”»⁵ delle attività di sorveglianza esperibili nel contesto dell'accertamento *lato sensu* penale⁶.

2. La verifica di proporzionalità dei nuovi strumenti di controllo

Per quanto la Corte tedesca sia stata infatti chiamata a valutare la legittimità di alcune disposizioni di legge relative alla materia delle indagini di prevenzione, gli approdi del *Bundesverfassungsgericht* appaiono almeno in parte riferibili al complesso di disposizioni dettate dal nostro codice di rito in materia di mezzi di ricerca della prova.

A tale riguardo la sentenza in commento possiede innanzitutto il merito di evidenziare chiaramente come la predisposizione di un'apposita disciplina legislativa non ponga automaticamente al riparo da possibili censure di illegittimità degli strumenti di sorveglianza. Le previsioni legali, infatti, devono assicurare una regolamentazione del controllo che si dimostri in concreto proporzionata rispetto ai fini perseguiti attraverso la sua attivazione. L'approccio dei giudici tedeschi appare dunque coerente con quanto imposto a livello sovranazionale dal par. 2 dell'art. 8 della Convenzione e.d.u.⁷, il quale condizio-

⁵ Così BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, 4240. Sul tema anche SIGNORATO, *Types and features of cyber investigations in a globalized world*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶ Intendendo tale aggettivazione come riferita anche alle attività afferenti alla prevenzione *ante delictum*, oggetto specifico delle argomentazioni dei giudici tedeschi e da taluno del resto già ricompresa nella nozione di “materia penale” secondo l'accezione fornita dalla Corte e.d.u. attraverso i cc.dd. “*Engel criteria*”. Si veda sul punto MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino, 2015, 316-317; FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, in *La giustizia penale preventiva: ricordando Giovanni Conso*, Milano, 2016, 237 ss.; D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 60; nonché da ultimo FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it. Corre peraltro l'obbligo di segnalare incidentalmente come la normativa italiana in materia di misure di prevenzione personali sia stata assai di recente. Sul punto VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in www.penalecontemporaneo.it; MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, *ivi*.

⁷ A tale riguardo, da ultimo Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c.

na la legittimità delle ingerenze dell'autorità pubblica nella vita privata dei singoli non solo all'esistenza di un'espressa base legale⁸, ma anche ad un riscontro positivo in ordine all'effettiva necessità di tali interferenze all'interno di una società democratica per il perseguimento di un fine legittimo. Proprio nel connotato della "necessità in una società democratica" si identifica infatti nel sistema del Consiglio d'Europa l'attributo della indispensabile proporzionalità delle misure nazionali limitative dei diritti sanciti dall'art. 8 par. 1 C.e.d.u. in rapporto alle finalità da esse perseguite⁹.

Si è già anticipato che è con riguardo alla concreta accezione del canone di proporzionalità del controllo che suscita forse il maggiore interesse la decisione del giudice tedesco, il quale predica sin da subito l'opportunità di un rapporto di proporzionalità diretta fra il grado di intrusività della specifica misura e il livello di intensità delle garanzie legali.

Secondo la Corte appare in particolare necessario a tal fine che la disciplina limiti la possibilità del ricorso alla sorveglianza occulta ad indagini relative a gravi ipotesi criminose poste a presidio dei beni giuridici di maggiore rilevanza. Per altro verso poi, il canone di proporzionalità potrà dirsi soddisfatto solo

Russia, par. 260 ss. Sui connotati del "proportionality test" del giudice di Strasburgo cfr. BALSAMO, TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R. E. Kistoris, Torino, 2008, 426 ss. Sul tema anche BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 201. Con specifico riferimento alle intercettazioni, valorizza l'importanza del canone della proporzionalità ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *questa Rivista*, 2015, 931. Sul punto cfr. anche, con riguardo al ruolo del principio di proporzionalità in relazione ai criteri di scelta delle misure cautelari, NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 12 ss. Più in generale, anche in prospettiva europea, si veda SCACCIA, *Il principio di proporzionalità, in L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, vol. II, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006, 225 ss; nonché, da ultimo, CALANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4/2014, 148.

⁸ Imponendo peraltro anche il rispetto di determinati standard "qualitativi" della previsione legale, specie con riguardo alla prevedibilità dei suoi esiti applicativi. Sul punto si veda GAITO, FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 374, con ampi richiami giurisprudenziali; nonché ancora BALSAMO, TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, cit., 427. Da ultimo in giurisprudenza Corte eur. dir. Uomo, V Sez., 27 aprile 2017, Sommer c. Germania, par. 50, ove si ribadisce testualmente che «the requirement that an interference be "in accord with the law" does not only mean that the measure in question should have some legal basis in domestic law, but also that the law should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects».

⁹ Circa la valenza del principio di proporzionalità nel sistema C.e.d.u. quale clausola innominata limitativa delle deroghe statali ai diritti sanciti dalla Convenzione si veda, per tutti, MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in *Proportionality and the Laws of Europe*, a cura di E. Ellis, Oxford, 1999, 23 ss. Sul punto, con specifico riferimento ai temi oggetto di trattazione, cfr. anche GAITO, FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *questa Rivista*, 2016, 319.

qualora la legge si preoccupi di istituire idonee cautele procedurali, volte in particolare a garantire l'intervento dell'autorità giurisdizionale di regola già in fase di autorizzazione all'esecuzione della misura, o comunque nello stadio immediatamente successivo onde procedere ad una verifica "postuma" della legittimità del controllo¹⁰.

Dell'articolato ragionamento condotto a tale proposito preme però soprattutto evidenziare l'attenzione riservata all'esame delle peculiarità riconducibili all'esecuzione di ciascuna delle singole misure passate in rassegna, sempre considerate avendo riguardo della dimensione di concreta afflittività dell'intervento e della diversificata natura delle lesioni alle prerogative dei singoli potenzialmente derivanti dalla loro attivazione. Si tratta dunque di una verifica circa l'attitudine invasiva tipica dello strumento di volta in volta sottoposto a scrutinio. Attraverso tale scrupoloso esame la Corte dà dunque coerente attuazione all'enunciazione di principio formulata in apertura di trattazione, ove si precisava che, «con riguardo alla legittimità dei singoli poteri, ciò che conta è la loro modulazione sulla base dello specifico grado di intrusività proprio di ciascun mezzo di controllo codificato. Quanto più è consistente l'interferenza della misura nella vita privata dell'individuo, tanto più stringenti dovranno risultare i requisiti legali per la sua effettuazione»¹¹.

3. La trasposizione interna delle argomentazioni del giudice tedesco: il caso del c.d. "trojan horse"

Quest'ultima affermazione induce a tentare il parallelismo con la situazione italiana, dove tiene banco il dibattito relativo all'impiego dei mezzi di ricerca probatoria tecnologicamente evoluti. Il riferimento va in particolare alla disputa sorta all'indomani del pronunciamento delle Sezioni unite¹², sulla ne-

¹⁰ Cfr. par. 108 ss. della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*. Sul *test* di proporzionalità secondo l'accezione della giurisprudenza costituzionale tedesca si veda più in generale ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1157; nonché ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa*, cit., 110 ss.

¹¹ Traduzione nostra. Si riporta di seguito il testo originale del fondamentale passaggio argomentativo contenuto al par. 105 per cui «*bei der näheren Ausgestaltung der Einzelbefugnisse kommt es für deren Angemessenheit wie für die zu fordernde Bestimmtheit maßgeblich auf das Gewicht des jeweils normierten Eingriffs an. Je tiefer Überwachungsmaßnahmen in das Privatleben hineinreichen und berechnete Vertraulichkeitserwartungen überwinden, desto strenger sind die Anforderungen. Besonders tief in die Privatsphäre dringen die Wohnraumüberwachung sowie der Zugriff auf informationstechnische Systeme*».

¹² Il riferimento va ovviamente a Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, 3546, con nota di NOCERINO, *Le sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, 3546; nonché di CAJANI, *L'odissea del captatore informatico*, *ibid.*, 4139. Sul punto, tra gli altri, anche TESTAGUZZA, *Exitus acta probat. "Trojan" di Stato: la composizione di un conflitto*, in *questa Rivista* online, 2016/2; LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni*

cessità o meno di predisporre un'apposita disciplina legislativa che abiliti ad inoculare il c.d. virus *trojan* all'interno dei dispositivi digitali. In opposizione a chi invoca l'intervento del legislatore in materia¹³, altri sostengono difatti la superfluità di simile iniziativa quantomeno per l'acquisizione di contenuti aventi natura comunicativa, essendo tale operazione già adeguatamente "coperta" dalle garanzie in tema di intercettazioni sancite dall'art. 266 ss. c.p.p.¹⁴. Le dettagliate argomentazioni della Corte tedesca suggeriscono tuttavia che il problema potrebbe non limitarsi alle due opzioni appena riportate. Quand'anche si annoveri infatti la proteiforme attività di indagine mediante captatore informatico nell'ambito di quelle disciplinate dall'art. 266 c.p.p.¹⁵, le argomentazioni di principio provenienti dal *Bundesverfassungsgericht* indicano comunque nello scrutinio di proporzionalità il vero e proprio fulcro della questione.

In termini più diretti, pur volendo ipotizzare che le peculiarità dei nuovi strumenti captativi non bastino a renderli atipici se volti all'acquisizione di dati di tipo comunicativo, pare altrettanto innegabile che loro tramite si realizzi un controllo sulla sfera del singolo qualitativamente differente da quello tradizionale: maggiore ne è senza dubbio l'invasività, se non altro in ragione della estrema mobilità dello strumento, capace di "seguire" la persona sorvegliata nei suoi spostamenti prescindendo da limitazioni spaziali, consentendo altresì

"fra presenti", in www.penalecontemporaneo.it; GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in www.penalecontemporaneo.it; BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 379.

¹³ Così l'appello in tal senso formalizzato da alcuni docenti universitari di diritto processuale penale e pubblicato *on-line* all'indirizzo: www.penalecontemporaneo.it. Nella medesima prospettiva anche ANDOLINA, *L'inammissibilità degli strumenti di captazione*, cit., 930-931.

¹⁴ In questi termini ORLANDI, *Osservazioni sul Documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *questa Rivista online*. Per quanto concerne la vastissima letteratura in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni ci si limiterà qui a rinviare a ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983; CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997; *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano, 2009; VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011; nonché, con particolare riferimento all'impiego di nuovi mezzi tecnologici, MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007; DI PAOLO, *"Tecnologie del controllo" e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008.

¹⁵ A tale riguardo si deve però incidentalmente osservare come la stessa Corte costituzionale si sia di recente dimostrata assai poco incline ad operazioni analogiche tese ad estendere il campo di applicazione della disciplina di cui all'art. 266 c.p.p. ad attività captative diverse rispetto a quelle specificamente descritte dalla norma. Il riferimento va alla recente sentenza Corte cost. n. 20 del 2017, relativa all'impossibilità di disporre l'intercettazione dei contenuti della corrispondenza del detenuto sulla scorta della previsione appena richiamata.

la simultanea intercettazione tanto di flussi comunicativi telematici che di colloqui tra presenti¹⁶. Ciò dovrebbe condurre allora a predisporre comunque una regolamentazione *ad hoc*, più analitica e restrittiva rispetto a quella attualmente dettata dagli artt. 266 ss. c.p.p.; del resto è significativo che ad essa già si rivolgano critiche in rapporto alle tipologie di intercettazione più “tradizionali”, motivate proprio dall’inosservanza del principio di proporzionalità per quanto concerne ad esempio l’individuazione eccessivamente generica delle fattispecie sostanziali che consentono l’attivazione del mezzo di ricerca della prova¹⁷, nonché con riferimento all’inadeguatezza della tutela accordata alla riservatezza dei terzi casualmente coinvolti nell’attività captativa¹⁸.

Andrebbero allora a maggior ragione previsti più rigorosi presupposti di attivazione dello strumento in parola, da sostituire all’incerta nozione di “crimine organizzato” adottata dalle Sezioni unite quale fondamentale parametro attraverso cui valutare la legittimità del ricorso all’intercettazione mediante captatore informatico.

Secondo la Suprema Corte, infatti, l’applicabilità della speciale disciplina che l’art. 13 d.l. n. 152 del 1991 riserva a tali fattispecie sostanziali, consentendo l’effettuazione di intercettazioni tra presenti anche in ambito domiciliare sebbene non vi sia prova che in tale luogo si stia svolgendo l’attività criminosa come invece richiesto in via ordinaria dall’art. 266, co. 2, c.p.p., rivestirebbe al riguardo un’importanza decisiva¹⁹.

L’oggetto del procedimento porta dunque ad escludere la possibilità di impiegare il *virus* informatico in relazione ad indagini relative a delitti “comuni”, in quanto il giudice non potrebbe che esser costretto a rilasciare «un’autorizzazione “al buio”». Stante la «natura itinerante dello strumento di indagine» in questione, egli non potrebbe identificare nel decreto autorizzativo i luoghi di esecuzione del controllo, né potrebbe quindi verificare

¹⁶ Conformemente, illustrando le principali applicazioni concrete del mezzo, CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1/2017, 91; nonché ancora CAPONE, *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, 1268; FILIPPI, *L’ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *questa Rivista*, 2016, 351. Per un’ulteriore esemplificazione delle potenzialità degli strumenti di controllo da remoto e delle correlative problematiche, MORELLI, *Videoriprese mediante la webcam di un computer illecitamente sottratto e tutela del domicilio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 475.

¹⁷ Cfr. MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, 4837.

¹⁸ Sul punto ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., 1159-1160. Al riguardo cfr. anche *infra* par. 4, in relazione alla presa di posizione della Consulta circa legittimità del c.d. stralcio ex art. 268, co. 6, c.p.p. effettuato in sede dibattimentale.

¹⁹ Sul punto, in chiave critica rispetto alla concreta individuazione del perimetro della nozione di “crimine organizzato”, cfr., tra gli altri, LASAGNI, *L’uso di captatori informatici*, cit., 18 ss.

l'eventuale sussistenza del requisito dettato dal co. 2 dell'art. 266 c.p.p. Per converso però, il regime di cui al d.l. n. 152 del 1991 - che assegna una valenza neutra al luogo da sorvegliare in rapporto ai presupposti per disporre la captazione - permetterebbe invece di autorizzare il ricorso al *trojan* prescindendo in radice dalla necessità di una previa indicazione spaziale dei luoghi da assoggettare a controllo²⁰.

Meritevoli di attenta rivisitazione dovrebbero essere inoltre le modalità di concreta esecuzione della sorveglianza; facendosi carico in particolare di consentire un'attivazione selettiva e verificabile *a posteriori* del microfono dell'apparecchio intercettato - magari limitandola in via ordinaria al contesto extra domiciliare - al fine di evitare un'apprensione indiscriminata che conduca alla semplice immissione del captatore informatico, in maniera tale da attenersi alle specifiche prescrizioni fornite al riguardo dal giudice che ha autorizzato l'esecuzione della misura: ciò è peraltro quanto viene almeno in parte opportunamente indicato dal legislatore delegante nel d.d.l. C/4368 relativo - tra l'altro - alla riforma del codice di rito penale attualmente in discussione alla Camera dei Deputati²¹.

Anche i divieti, e le sanzioni conseguenti alla loro violazione, dovrebbero poi essere oggetto di accurata considerazione. Nell'eventualità di un controllo esteso all'ambito domiciliare converrebbe prevedere un espresso divieto d'impiegare lo strumento in questione in modo tale da documentare condotte non comunicative, tipicamente tramite l'attivazione della *webcam* del dispositivo *target*. La trasgressione del divieto andrebbe poi sanzionata con la totale inutilizzabilità dei contributi così raccolti, tanto comunicativi che non. Simile previsione rappresenterebbe un necessario avanzamento rispetto al semplice divieto di utilizzabilità delle videoriprese domiciliari di comportamenti non comunicativi, sancito dalle Sezioni Unite²². Quest'ultima soluzione finisce infatti con l'ammettere la captazione delle condotte comunicative così realizza-

²⁰ *Contra* però, evidenziando condivisibilmente come il disposto dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 consentirebbe sì di prescindere dalla verifica in ordine alla sussistenza del requisito dello svolgimento dell'attività criminosa in ambito domiciliare per disporre il relativo controllo, senza far però venir meno la necessità della previa identificazione dei luoghi da sorvegliare, CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni Unite*, in *questa Rivista*, 2016, 343. La tesi della necessità di simile indicazione era stata sostenuta anche in Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, Yousfi, in *Mass. UII*, n. 265654.

²¹ In aggiunta a quanto già evidenziato, l'art. 84, lett. e) del citato d.d.l. si fa altresì carico di indicare la necessità di regolamentare le modalità di trasferimento delle registrazioni, nonché le caratteristiche tecniche dei programmi informatici da impiegare nell'attività di sorveglianza.

²² Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, con nota di CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, 1537.

ta, autorizzando *de facto* l'intrusione, e preoccupandosi semplicemente di escludere dalla piattaforma cognitiva del giudice i dati che abbiano una diversa natura²³.

In definitiva, una corretta accezione del principio di proporzionalità sembra dimostrare che di fronte alla diffusione di strumenti di controllo sempre più insidiosi diviene oggi dubbia la stessa possibilità di affidarsi ad una nozione monistica di "intercettazione", così da mantenerne unitaria la relativa disciplina legale; appare al contrario doveroso un ripensamento, volto a considerare la specifica forma di intrusione legata al mezzo di ricerca probatoria di volta in volta adottato, adeguando le prescrizioni normative alle differenti peculiarità rilevanti. Tale ultima osservazione induce a soffermarsi sull'opinione di chi contrasta la conclusione appena formulata attraverso il richiamo al principio di derivazione europea della c.d. "neutralità tecnologica", enunciato dalla Direttiva UE 2016/680 in materia di «trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali»; tale principio - si sostiene - fonderebbe un giudizio di irrilevanza del mezzo tecnico concretamente impiegato per effettuare l'intercettazione ai fini della applicabilità della disciplina generale attualmente contenuta nel codice di rito²⁴.

Tuttavia, per un verso, il principio evocato sembra riferibile al solo aspetto del "trattamento" dei dati personali una volta acquisiti, profilo assai diverso da quello primario e sostanziale che concerne la stessa attività di sorveglianza occulta ed in tempo reale compiuta per ottenere tali informazioni. Per altro verso, la sua *ratio* va comunque identificata nella necessità di assicurare una tutela uniforme alla riservatezza degli individui indipendentemente dalle concrete modalità di trattamento dei loro dati personali. Non appare dunque appropriato invocare la nozione in parola al fine di dedurre che il livello di garanzie legali da riconoscere al singolo resti indifferente alla natura più o meno insidiosa dei controlli esercitati sulla sfera personale; ciò equivarrebbe infatti a mutare l'essenza del principio in discorso.

Ancor prima, però, non sembra corretto negare la rilevanza delle modalità tecniche di sorveglianza ai fini del giudizio di proporzionalità della disciplina legale. Come limpidamente argomentato dalla Corte tedesca, infatti, proprio l'impiego di strumenti di tipologia diversa determina un sacrificio più o meno profondo per le prerogative del singolo, con inevitabili ripercussioni anche

²³ Con il concreto rischio di iniziative strumentali nel senso segnalato da CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale*, cit., 1568-1569.

²⁴ In tal senso, pur con ricchezza di argomentazioni, LASAGNI, *L'uso di captatori informatici*, cit., 11 ss.

sull'ampiezza e sulla natura delle informazioni suscettibili di essere apprese attraverso ciascuno di essi. Basti del resto pensare a come l'entità e la natura dei dati captati non possano che differire in maniera sensibile nel caso della sorveglianza mediante captatore informatico rispetto all'ipotesi di una intercettazione effettuata attraverso strumenti tradizionali. Il canone di proporzionalità non può allora che imporre una modulazione delle garanzie legali che tenga adeguatamente conto delle caratteristiche e delle potenzialità del mezzo concretamente impiegato.

4. Tecniche di limitazione della sorveglianza: il limite assoluto costituito dal nucleo intangibile della vita privata dell'individuo.

L'approfondito vaglio di proporzionalità condotto dalla Corte costituzionale tedesca non esaurisce ancora i motivi di interesse per l'interprete italiano. Esibiscono un indubbio rilievo anche le argomentazioni riferite al c.d. *Kernbereich privater Lebensgestaltung*²⁵.

Le considerazioni svolte al riguardo lasciano infatti emergere un'impostazione da cui trarre parametri regolativi degli strumenti di sorveglianza occulta di ultima generazione ben più adeguati rispetto ai nostri attuali a garantire un'effettiva tutela del singolo.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti spinto la verifica di legittimità del controllo mediante captatore informatico - nella specie diretto all'acquisizione dei dati memorizzati su dispositivi digitali - sino a valutarne la compatibilità con la necessaria tutela della dignità della persona, secondo quanto prescritto dall'art. 1 sez. 1 del *Grundgesetz*.

I giudici ribadivano in particolare l'esistenza di un nucleo intangibile della vita privata - esemplificativamente individuato in comportamenti quali l'espressione di sentimenti, riflessioni, opinioni o comunque nelle attività di natura più intima - il quale beneficia di una protezione tendenzialmente assoluta dalle intrusioni dell'autorità²⁶.

²⁵ «Core area of private life» nel testo inglese della pronuncia.

²⁶ Ricorre dunque l'immagine offerta dalla c.d. teoria delle sfere (*Sphärentheorie*). Secondo tale elaborazione l'azione dell'autorità incontrerebbe dei limiti più stringenti in funzione di una ideale vicinanza della specifica estrinsecazione della prerogativa di volta in volta in questione al nucleo centrale del diritto, sino a raggiungere una porzione più interna dotata di una protezione assoluta che si identifica con gli aspetti insuscettibili di essere bilanciati in chiave limitativa con nessun altro valore. Sul punto ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa*, cit., 91, cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici. A tale riguardo si vedano le considerazioni di ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2006, 304, che, appunto richiamandosi alle elaborazioni della giurisprudenza tedesca, evidenzia la fondamentale valenza del concetto di "dignità umana" in chiave delimitativa di un «nucleo incompressibile» delle prerogative del singolo in ambito processual-penalistico.

La legittima aspettativa di riservatezza vantata al riguardo sarebbe da collegare al rispetto del bene primario del libero sviluppo della personalità, che impedirebbe qualsiasi bilanciamento di una così importante prerogativa con le pur rilevanti esigenze di tutela della collettività poste a giustificazione del tipo di controllo in rilievo.

Da ciò quindi l'assoluto divieto per il legislatore di prevedere attività volte alla diretta ed intenzionale acquisizione di informazioni riconducibili alla sfera di massima protezione; una tutela accordata tendenzialmente *a priori*, a prescindere cioè dalla inibizione al futuro uso dei dati così ottenuti.

Tuttavia, come subito precisato dalla stessa Corte tedesca, ciò non equivale ad impedire sempre il compimento di qualsiasi operazione potenzialmente capace di carpire anche solo incidentalmente conoscenze del genere. La disciplina legale dovrà però al riguardo premurarsi di istituire adeguate garanzie riferite tanto all'attività di raccolta che al susseguente momento dell'impiego e dell'analisi dei dati, al fine di scongiurare in radice l'intrusione all'interno del nucleo più sensibile e comunque di minimizzare il pregiudizio derivante da un'involontaria apprensione di informazioni appartenenti all'ambito di tutela più intensa²⁷.

Con specifico riferimento al c.d. captatore informatico impiegato quale strumento per prendere cognizione dei dati memorizzati all'interno del dispositivo *target* ed in quanto tale capace di assimilare indistintamente tutte le informazioni là conservate, i giudici riconoscevano dunque l'opportunità di stabilire idonee cautele appunto nella successiva fase di analisi dei contributi raccolti, sottolineando la necessità di affidare ad un organo indipendente il delicato compito di isolare il materiale effettivamente rilevante ed escludere le informazioni riconducibili al nucleo di massima protezione.

Immediato in questo caso il parallelismo con l'attuale assetto normativo italiano, visto che, almeno secondo l'opinione del nostro giudice delle leggi, esso consente la selezione *ex art. 268, co. 6, c.p.p.* del materiale frutto di intercettazione anche durante la fase dibattimentale, senza tenere in adeguata considerazione l'interesse alla riservatezza dei dati irrilevanti per l'accertamento penale²⁸.

A destare vivo interesse è poi lo stesso riconoscimento, da parte del *Bundesverfassungsgericht*, dell'esistenza di un nucleo intangibile della vita privata, idoneo a fungere da limite invalicabile contro le interferenze dei pubblici po-

²⁷ Per tutte le considerazioni fin qui richiamate si vedano i par. 125 - 130 della pronuncia in commento.

²⁸ Il riferimento va in particolare a Corte cost., n. 255 del 2012 su cui, per tutti, CAPRIOLI, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *Giur. cost.*, 2012, 4097.

teri. Simile riconoscimento costituisce infatti un approdo interpretativo di notevole importanza in un'epoca di sempre maggiore intrusività del controllo favorita dalla disponibilità di sempre nuovi strumenti tecnologici.

La valorizzazione dei connotati “qualitativi” del dato²⁹ pare infatti particolarmente adeguata ad ergersi quale argine effettivo di fronte al crescente fenomeno di “delocalizzazione” delle attività di sorveglianza³⁰. Tale tipo di tutela evidenzia nel contempo tutti i limiti delle consuete strategie normative e argomentative di contenimento del controllo occulto a distanza prevalentemente incentrate sulla collocazione spaziale della a sorveglianza, secondo una tendenza che continua ad occupare una posizione di assoluta preminenza all'interno del nostro ordinamento³¹.

Si pensi infatti a come la giurisprudenza nazionale ometta di fatto di considerare la potenziale invasività *in re ipsa* dei nuovi mezzi di ricerca della prova dal punto di vista della natura e dell'ampiezza dei dati così suscettibili di essere appresi, accontentandosi del ricorso alla insoddisfacente distinzione tra dato comunicativo e non comunicativo³² e valorizzando pressoché esclusivamente il contesto di raccolta degli stessi.

Esempio emblematico di tale tendenza è rappresentato ancora dalla citata pronuncia delle Sezioni unite riferita al c.d. captatore informatico, in cui l'esame dei giudici considera la legittimità dell'impiego di tale strumento avendo pressoché esclusivo riguardo della possibile esecuzione dell'intercettazione in ambito domiciliare, da cui deriverebbe – come sopra esplicitato - la necessità di rispettare le prescrizioni dettate dall'art. 266, co. 2, c.p.p.³³.

Per altro verso poi, anche con riguardo ai contributi di tipo comunicativo, cui è attualmente riconosciuto il grado di tutela più intenso³⁴, appare ancora lon-

²⁹ Intendendosi con ciò il grado di “riservatezza” delle informazioni raccolte, a prescindere – come si vedrà subito *infra* - dalla semplice natura comunicativa o meno delle stesse.

³⁰ A tale riguardo, specie con riguardo alle argomentazioni contenute in Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, cit., cfr. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici*, cit., 16 ss.; nonché ancora, con particolare riferimento ai requisiti dell'autorizzazione all'effettuazione di intercettazioni ambientali, CAMON, *Cavalli di Troia*, cit., 92.

³¹ Sul rapporto tra spazio ed intercettazioni si veda CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni*, cit., 331 ss.

³² Al netto delle difficoltà insite nella disambiguazione tra le due tipologie di contributi in rilievo, gli ultimi risultano infatti destinatari di un regime di tutela deteriore pur a fronte di un pregiudizio potenzialmente analogo alla riservatezza dei soggetti coinvolti nella captazione.

³³ Necessità invece esclusa con riguardo alle indagini in materia di delitti di criminalità organizzata secondo quanto previsto dal d.l. n. 152 del 1991. Cfr. *retro* nota n. 20. In senso conforme si veda ancora CAMON, *Cavalli di Troia*, cit., 94, secondo cui l'aspetto meno convincente della pronuncia in esame è proprio quello per cui essa «ruota, tutta, attorno al problema degli spazi suscettibili d'essere toccati dall'intercettazione, finendo così per trascurare questioni altrettanto importanti».

³⁴ Fatta salva la notazione relativa alla radicale esclusione della possibilità di un controllo domiciliare atto

tana l'individuazione di un'area in cui l'interesse alla riservatezza del singolo giustifichi il radicale divieto di qualsiasi intrusione da parte dell'autorità. Si pensi a quei dialoghi in cui l'esigenza di assoluta segretezza deriva direttamente dalla necessità di assicurare il rispetto di fondamentali prerogative costituzionali, oltre che essere imposta a chiare lettere dallo stesso dettato normativo: ciò nonostante la giurisprudenza di legittimità si dimostra ancora restia ad accordare un'adeguata protezione agli interessi in gioco.

Vengono alla mente alcune discutibili prese di posizione relative ad intercettazioni di comunicazioni tra assistito e difensore, in cui si è giunti ad affermare l'astratta possibilità di un controllo sull'utenza del legale salva poi la necessità di operare una selezione *ex post* del materiale inutilizzabile in quanto specificamente attinente al mandato difensivo. È evidente che una simile interpretazione, oltre a risultare difficilmente conciliabile con il perentorio disposto dell'art. 103, co. 5, c.p.p., espone ad inevitabili oscillazioni interpretative circa il giudizio di pertinenza dei dialoghi rispetto alla funzione difensiva³⁵. Anche con riguardo a questo ulteriore aspetto le elaborazioni della Corte costituzionale tedesca forniscono preziose indicazioni di principio utili a raggiungere un soddisfacente bilanciamento tra la disponibilità di nuove tecnologie di sorveglianza sempre più invasive, da un lato, e la protezione dei diritti della persona minacciati dal pericolo forse mai così attuale di una deriva tota-

a carpire condotte non comunicative, che risulta invece espressamente consentito dalla disciplina in materia di c.d. intercettazioni ambientali con riguardo alle acquisizioni di tipo comunicativo. Per tale notazione, nonché sulla problematica distinzione tra «comportamenti comunicativi» e «condotte mere» e sulle relative ricadute in ordine alla disciplina applicabile, si veda, per tutti, CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale*, cit., 1567 ss. Sul tema cfr. anche FILIPPI, *La Consulta riconosce che l'home watching è una prova incostituzionale*, in *Giust. pen.*, 2008, I, 343; CAMON, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.*, 1999, 1205; nonché, illustrando l'intricato ventaglio di ipotesi classificatorie derivante appunto dalla combinazione tra tipologia di dato appreso e luogo di esecuzione della videosorveglianza, CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.*, 2008, 1832.

³⁵ Così Cass., Sez. VI, 11 aprile 2001, Ghini, in *Cass. pen.*, 2001, 3459 con nota critica di FILIPPI, *Un'inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*. Sul punto si veda anche SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, 2001, 270 ss.; DINACCI, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, *Speciale Oneri e limiti del diritto di difesa*, a cura di Garuti, Marandola, 25-26; SIRACUSANO, *Intercettazione di colloqui fra difensore ed assistito, Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in *questa Rivista online*; nonché, da ultimo, SAU, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016/5, 184. Più in generale, sul tema dei limiti di ammissibilità della registrazione di colloqui, cfr. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 219.

litaria del controllo, dall'altro lato³⁶.

³⁶ Per un'articolata riflessione in prospettiva *de iure condendo* cfr. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 760.