DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

I DIRITTI FONDAMENTALI "MINACCIATI": LO SFONDO DELLE GARANZIE IN COSTITUZIONE*

di Alberto Macchia

1.- In una ormai non più recente pronuncia (ordinanza n. 209 del 2004), la Corte costituzionale, nell'affrontare una delle numerosissime questioni di legittimità che riguardavano il regime delle intercettazioni cosiddette *extra moenia*[1], vale a dire eseguite mediante impianti in uso alle forze dell'ordine e comunque diversi da quelli esistenti presso gli uffici di procura, fu chiamata a pronunciarsi sulla sopravvenuta incoerenza normativa del sistema, specie per le intercettazioni fra presenti – per le quali le sezioni unite Policastro[2] avevano ritenuto necessario mantenere quell'impianto di garanzie, ritenute tecnicamente compatibili anche con quelle forme di intercettazione – in quanto le nuove tecnologie si sarebbero poste in chiaro contrasto con le esigenze che stavano alla base di quelle norme. Norme, come tutti ricordiamo, concentrate nell'evitare che "orecchie" diverse (o, peggio, allaccio di linee diverse) da quelle autorizzate potessero, al di fuori di un diretto controllo dell'autorità giudiziaria, invadere la *privacy* degli interlocutori intercettati. Secondo il giudice rimettente, quella giustificazione sarebbe risultata ormai anacronistica, a fronte del progresso tecnologico e del mutamento delle modalità tecniche di esecuzione delle operazioni di intercettazione. Attualmente, infatti – sosteneva il giudice *a quo* – tali operazioni non si svolgevano più – come in passato – collegando materialmente dei cavi presso impianti pubblici di telefonia - sistema, questo, che effettivamente si poteva prestare ad "abusi" da parte della polizia giudiziaria – ma tramite la comunicazione del decreto del pubblico ministero al gestore del servizio telefonico, i cui tecnici provvedono quindi ad inserire il numero cellulare da intercettare all'interno di un servizio automatizzato, convogliando la relativa fonia presso il punto di assolto sino allo scadere del periodo di intercettazione indicato nel decreto.

Il che escludeva "rischi" di abusi da parte della polizia giudiziaria, rendendo dunque quel sistema di previsioni, sanzionate dalla inutilizzabilità delle intercettazioni (esattamente come se le intercettazioni fossero integralmente illegittime), privo di una

---

[1] V. E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali – Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, 2004, 28 s.; M. BRUNI, *In tema di intercettazioni effettuate tramite impienti esterni alla procura*, in *Giur. it.*, 2004, 1912 s.

[2] Cass., Sez. un., n. 42792 del 31 ottobre 2001, Policastro. V. G. BORRELLI, *Interpretazione delle norme ed evoluzione degli strumenti tecnici di indagine: il rischio del "travisamento tecnologico"*, in *Cass. pen.*, 2002, 944 s.; E. APRILE, *L'intervento delle Sezioni Unite in tema di modalità di esecuzione delle intercettazioni ambientali: una questione definitivamente risolta?*, *ivi*, 2821 s.

2010-2017 Diritto Penale Contemporaneo

adeguata *ratio* "tecnica" e, quindi, irragionevolmente limitativo delle potenzialità del mezzo di ricerca della prova.

La Corte, richiamando – per la verità un po' "stancamente" - i propri precedenti, dichiarò la questione manifestamente infondata, ma attraverso un *obiter* che reputo interessante: «non è evidentemente compito di questa Corte – puntualizzò l'ordinanza – "inseguire" il "progresso tecnologico", valutando se esso renda necessario od opportuno un adeguamento, o addirittura il superamento delle originarie regole di cautela: trattandosi al contrario, di valutazioni istituzionalmente rimesse al legislatore».

Il che mi sembra stia a significare che la incoerenza "scientificamente" sopravvenuta, non costituisce tema di sindacato costituzionale, a differenza di quanto invece può accadere in presenza di una sopravvenuta irragionevolezza per mutamento del quadro normativo o fattuale di riferimento (v. ad es. e da ultimo, sentenza n. 236 del 2016).

Si tratta di un approccio forse eccessivo, dal momento che, a volerne trarre tutte le rigorose conseguenze che da esso è possibile desumere, parrebbe quasi che la Consulta finisca per "traslare" esclusivamente in capo al legislatore il compito di "adeguare" il diritto ai progressi della scienza e della tecnica, lasciando priva di "controllo costituzionale" tutta una vasta area di situazioni rispetto alle quali la "inerzia legislativa" può produrre danni davvero incalcolabili.

Ma così non credo sia, perché l'affermazione – pur apparentemente *tranchant* – della Corte, si spiega, essenzialmente, alla luce della indiscutibile necessità di rivedere l'intera tematica dei mezzi e degli strumenti di invasione della libertà e segretezza delle comunicazioni e della *privacy* , posto che le indiscutibili evoluzioni tecnologiche che hanno riguardato e continuano a riguardare il complesso tema delle "intercettazioni" (nelle sue variegate e composite applicazioni e letture) richiederebbe un attento riesame di un complesso normativo reso ormai assai "asmatico" nelle sue stesse logiche di fondo.

2. - Ma è la scienza che deve arrestarsi davanti ai principi costituzionali, o sono anche i principi costituzionali che devono tenere conto della evoluzione scientifica? In sostanza, fino a dove il riplasmarsi – o il bilanciarsi – dei principi può essere sospinto in presenza di un nuovo "teatro dei fatti" indotto dalle evoluzioni scientifiche? Individuare il "punto di non ritorno" non è facile, anche perché – a mio avviso – i valori in gioco non presentano tutti lo stesso livello di "flessibilità" o, al contrario, di "anelasticità".

Ripercorrendo i lavori preparatori della nostra Carta costituzionale si fanno, talvolta, delle singolari scoperte. Apprendiamo, così, che il primo comma dell'art. 9 della Carta, nacque da una proposta formulata nella seduta del 30 aprile 1947 ed approvata in quella stessa occasione, volta ad inserire un art. 29-*bis* del progetto secondo il quale «La repubblica promuove la ricerca scientifica e la sperimentazione tecnica e ne incoraggia lo sviluppo». Testo, questo, poi emendato in sede di coordinamento finale nei termini che oggi conosciamo, senza il benché minimo dibattito – dedicato esclusivamente al secondo comma dell'odierno art. 9 – e, addirittura, a quanto sembra, nella derisione generale: si ricorda, infatti, che l'intervento dell'onorevole Firrao – il quale ebbe ad illustrare l'emendamento, proposto assieme agli onorevoli Colonnetti e Nobile - risultò

essere, come emerge anche dai ripetuti interventi del Presidente Terracini, «uno dei discorsi più disturbati e irrisi nella storia dell'Assemblea»[3]

La ricerca scientifica e tecnica, dunque, pur da "promuovere" (e quindi da assecondare e sviluppare da parte dello Stato) sembrano quasi atteggiarsi a semplici aspetti "ancillari" della cultura: poco significativi, al punto da essere apparsi, ad avviso di molti dei componenti della Assemblea costituente, come altrettanti profili eccentrici rispetto ad un testo costituzionale, e comunque – ed è questo, a mio avviso, l'aspetto che mi sembra di maggior rilievo – evidentemente "neutri" sul piano della possibile compromissione di altri principi costituzionali. Tanto è vero che non si avvertì alcun bisogno di inserire limiti o riserve di sorta alla libertà della ricerca scientifica e tecnica, considerata come una espressione della libertà della cultura e delle arti (art. 33 Cost.).

V'è quasi una inespressa "presupposizione": scienza e tecnica (abissalmente diverse l'una dall'altra ma che, per semplificare, teniamo assieme) non potevano che essere ontologicamente funzionali alla *salus rei publicae*, e, dunque, necessariamente "buone" o, tuttalpiù, insignificanti, rispetto alla salvaguardia di tutti gli altri valori costituzionali.

3. - Eppure, che non sia affatto così è dimostrato da tutta la giurisprudenza costituzionale che si è venuta evolvendo, specie negli ultimi anni, tracciando confini – talvolta in termini assai rigorosi – tra ciò che il progresso scientifico e tecnico sono "abilitati" a fare, in tutti quei casi in cui possano venire in discorso – e quindi in "frizione" – diritti fondamentali.

I problemi di interferenza tra tecnica e diritti della persona sono infatti un "mantra", specie nei settori – come già si è accennato in esordio – in cui i mezzi di indagine si avvalgano di "strumenti" altamente invasivi e al tempo stesso suscettibili di evoluzioni sul versante tecnologico: alludiamo, ovviamente, alle intercettazioni, che per natura (processuali; preventive; per la cattura del latitante; ecc.) , spazio applicativo (telefoniche, informatiche, visive, ecc.), modalità esecutive (telefonia mobile, telecaptazione; ecc.) e forme di "intrusione" (tra presenti; domiciliari; attraverso droni, ecc.) hanno raggiunto spazi operativi inopinabili in passato e imprevedibili quanto alle future evoluzioni.

Non è un caso, infatti, che la prima "storica" sentenza della Corte costituzionale che si occupò in modo approfondito del tema (sentenza n. 34 del 1973)[4], si sia fatta carico di individuare i confini costituzionali di quello strumento di indagine; all'epoca, per di più, circoscritto alle sole intercettazioni telefoniche, realizzate attraverso strumenti

---

[3] S. MERLINI, *La promozione della cultura e della scienza nella Costituzione italiana, in* Trattato di diritto amministrativo, diretto da S. Santaniello, XII, Padova, 393 s.

[4] V. al riguardo, V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 317 s.; M. SCAPARONE, *Intercettazioni di conversazioni tra presenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 801 s.; G. UBERTIS, V. PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 593 s. Più di recente, P. COSTANZO, *Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali un vademecum costituzionale)*, in www.giurcost.org., 2016, num. 2.

(operavano ancora le "vecchie" centrali con gli antichi sistemi di captazione) ormai da tempo obsoleti. In base all'art. 15 Cost., il diritto ad una comunicazione libera e segreta – ha osservato infatti la Corte - non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti, se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e che la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria (Corte cost. n. 366 del 1991, cit.), diretto a «dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati » (Corte cost. n. 81 del 1993).

Nel delineare i confini costituzionalmente compatibili della disciplina delle intercettazioni, la Corte, sempre nella sentenza n. 34 del 1973, ha sottolineato che il rispetto del parametro di costituzionalità non trova soddisfazione nel solo obbligo di una puntuale motivazione del decreto autorizzativo dell'intercettazione telefonica da parte dell'autorità giudiziaria, ma richiede anche: *a*) **garanzie di natura tecnica** attinenti alla predisposizione dei servizi necessari per le intercettazioni, in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo volto ad accertare che si proceda solo alle intercettazioni autorizzate e solo nei limiti dell'autorizzazione; *b*) **garanzie di ordine giuridico** che attengono al controllo sulla legittimità del decreto di autorizzazione ed ai limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni sia utilizzabile nel processo. Sono garanzie di ordine giuridico: 1) quella relativa alla sindacabilità del decreto di autorizzazione, la cui eventuale illegittimità può essere rilevata nel corso del giudizio; 2) l'obbligo del segreto sulle risultanze delle intercettazioni, al quale sono tenuti gli ufficiali di polizia giudiziaria e, nel corso dell'istruttoria, chiunque ne abbia preso conoscenza (artt. 230 e 307 c.p.p. 1930); 3) il principio secondo il quale non può essere acquisito e utilizzato nel processo se non il materiale probatorio rilevante per l'imputazione di cui si discute.

D'altra parte, e sempre per stare al tema delle intercettazioni, credo sia utile rammentare come, ancora una volta secondo la Corte, « la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità — attinenza che induce a qualificare il corrispondente diritto "come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana" (v. sent. n. 366 del 1991[5]) — comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo ».

Sulla base di tali premesse, la Corte è così giunta ad ampliare la portata del precetto costituzionale, affermando che l'art. 15 Cost., « in mancanza delle garanzie ivi previste, preclude la divulgazione o, comunque, la conoscibilità da parte di terzi delle informazioni e delle notizie idonee a identificare i dati esteriori della conversazione

[5] V. G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 3257 s.

telefonica (autori della comunicazione, tempo e luogo della stessa), dal momento che, facendone oggetto di uno specifico diritto costituzionale alla tutela della sfera privata attinente alla libertà e alla segretezza della comunicazione, ne affida la diffusione, in via di principio, all'esclusiva disponibilità dei soggetti interessati ».

Da qui la ritenuta necessità, in riferimento anche alle attività di acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni, di osservare il « livello minimo di garanzie » che esige « tanto il rispetto di requisiti soggettivi di validità in ordine agli interventi nella sfera privata relativa alla libertà di comunicazione (atto dell'autorità giudiziaria, sia questa il pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari o il giudice del dibattimento), quanto il rispetto di requisiti oggettivi (sussistenza e adeguatezza della motivazione in relazione ai fini probatori concretamente perseguiti) » (Corte cost. n. 81 del 1993[6], cit.; v. pure Corte cost., 17 giugno 1998, n. 281[7]).

4. - Il parametro di riferimento per le riprese visive nei luoghi di privata dimora è invece costituito dall'art. 14 Cost. Al riguardo la Corte, dopo aver precisato che tale precetto tutela il domicilio sotto due distinti aspetti, come diritto di ammettere o escludere altre persone da determinati luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo e come diritto alla riservatezza su quanto si compie nei medesimi luoghi, ha chiarito che rispetto alle riprese visive l'inviolabilità del domicilio viene in rilievo sotto il secondo aspetto: « ossia non tanto — o non solo — come difesa rispetto ad una intrusione di tipo fisico; quanto piuttosto come presidio di un'intangibile sfera di riservatezza, che può essere lesa — attraverso l'uso di strumenti tecnici — anche senza la necessità di un'intrusione fisica ». «In sostanza – ha puntualizzato la Corte - il limite dell'art. 14 Cost. può venire in considerazione, rispetto alle riprese visive (come nel caso di specie), in quanto, per eseguire i filmati all'interno del domicilio, gli organi investigativi debbano superare – tramite opportune manovre o avvalendosi di speciali strumenti – una barriera che si frappone tra la generalità dei consociati e l'attività filmata. Se quest'ultima è accessibile visivamente da chiunque, si è fuori dall'area di tutela prefigurata dalla norma costituzionale *de qua*.». (Corte cost. n. 149 del 2008)[8].

---

[6] V. fra gli altri, D. POTETTI, *Corte costituzionale n.81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, p.2746 s.; G.P. DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della ragionevolezza*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2111 s.; S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. It.*, 1995, I, p. 108 s.; A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (O, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur, cost.*, 1993, p. 731 s.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. diritto*, 2011, p. 45 s.; G. FERRARO, L.C. NATALI, *Quadro panoramico delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Arch. n. proc. pen.*,2010, p. 257 s.

[7] V. A. LONGO, *Il regime processuale dei dati esterni alla comunicazione: un problema ancora aperto*, in *Giur. It.*, 1999, p. 2006 s.

[8] V. F. CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, nonché E. LAMARQUE, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 1825 s.

Va comunque ricordato che, a proposito delle videoriprese da operare in ambiente "domestico" attraverso strumenti di intrusione analoghi alle intercettazioni domiciliari fra presenti, la Corte costituzionale – dissolvendo le perplessità formulate da quanti ritenevano che si trattasse di operazioni in ogni caso "costituzionalmente incompatibili", tenuto conto delle'enunciato costituzionale che, nell'art. 14, limita la possibilità di "violare il domicilio" solo per eseguire «ispezioni o perquisizioni o sequestri», ha risposto in modo chiaro, negando qualsiasi fondamento a tali perplessità. A tale ricostruzione, la Corte ha infatti obiettato che, per un verso, «il riferimento, nell'art. 14, secondo comma, Cost., alle "ispezioni, perquisizioni e sequestri" non è necessariamente espressivo dell'intento di "tipizzare" le limitazioni permesse, escludendo a contrario quelle non espressamente contemplate; poiché esso ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi.

Per un altro verso – ha ancora puntualizzato il Giudice delle leggi – […] la citata disposizione costituzionale, nell'ammettere "intrusioni" nel domicilio per finalità di giustizia, non prende, in realtà, affatto posizione sul carattere - palese od occulto - delle intrusioni stesse: la configurazione di queste ultime, e delle ispezioni in particolare, come atto palese emerge, difatti, esclusivamente a livello di legislazione ordinaria.».

L'attribuzione all'elenco delle limitazioni alla libertà di domicilio, di cui all'art. 14, secondo comma, Cost., di un carattere "chiuso" e storicamente "cristallizzato" sulla fisionomia impressa dalla legge processuale del tempo ai singoli atti invasivi richiamati provocherebbe, d'altro canto, un evidente squilibrio nell'assetto costituzionale dei diritti di libertà. Nel sistema delle libertà fondamentali, difatti, la libertà domiciliare si presenta strettamente collegata alla libertà personale, come emerge dalla stessa contiguità dei precetti costituzionali che sanciscono l'una e l'altra (artt. 13 e 14 Cost.), nonché dalla circostanza che le garanzie previste nel secondo comma dell'art. 14, Cost., in rapporto alle limitazioni dell'inviolabilità del domicilio, riproducono espressamente quelle stabilite per la tutela della libertà personale. Il domicilio viene cioè in rilievo, nel panorama dei diritti fondamentali di libertà, come proiezione spaziale della persona, nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente: prospettiva che vale, per altro verso, ad accomunare la libertà in parola a quella di comunicazione (art. 15 Cost.), quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona[9].

---

[9] A proposito del tema *borderline* del pedinamento tramite sistema satellitare (GPS) e della tecnica del cosiddetto *positioning*, v. A. SERRANI, *Sorveglianza satellitare GPS: un'attività investigativa ancora in cerca di garanzie*, in *Arch. Pen.*, 2013, n. 3, p. 1 s.; P. PERETOLI, *Controllo satellitare con GPS:pedinamento o intercettazione?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 93 s.; D. GENTILE, *Tracking satellitare mediante gps: attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1464 s.; L.G. VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema d'individuazione satellitare g.p.s.*; in *Giur. It.*, 2003, p. 2372 s.; A. LARONGA, *L'utilizzazione probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare G.P.S.*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3049 s.. A proposito dei riflessi CEDU v.

Va dunque escluso che tali operazioni investigative possano considerarsi vietate in assoluto, proprio in ragione delle peculiarità che caratterizzano la tutela del domicilio in stretta aderenza alla più generale tutela della riservatezza della persona.

5. - Libertà di domicilio e libertà di comunicazione, sebbene rientrino entrambe « in una comune e più ampia prospettiva di tutela della "vita privata" » restano però, secondo la Corte, « significativamente differenziate sul piano dei contenuti »: la libertà di domicilio infatti ha « una valenza essenzialmente negativa, concretandosi nel diritto di preservare da interferenze esterne, pubbliche o private, determinati luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo », mentre « la libertà di comunicazione, per converso — pur presentando anch'essa un fondamentale profilo negativo, di esclusione dei soggetti non legittimati alla percezione del messaggio informativo — ha un contenuto qualificante positivo, quale momento di contatto fra due o più persone finalizzato alla trasmissione di dati significanti » (Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, che sulla base di tali premesse ha ritenuto che l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.).

Per le videoriprese, dunque, strumento di formidabile ausilio investigativo, realizzabile attraverso apparati tecnici ormai enormemente sofisticati (minicamere mobili comandabili a distanza), la mancanza di disciplina legislativa mina alla radice qualsiasi applicazione "domiciliare", senza che una simile lacuna rinvenga una qualche causa di giustificazione di rango costituzionale[10].

Ma la *commixtio* tra tutela del domicilio, presidiata dall'art. 14 Cost. e il diritto, altrettanto inviolabile, alla libertà e segretezza delle comunicazioni, pone indubbiamente problemi di interferenza, anche sul piano delle tecniche di "captazione", al punto che, abbastanza di recente, con tranquillante sicurezza la Cassazione (riproducendo nella sostanza numerose precedenti decisioni) ha avuto modo di ribadire che «è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen., sollevata in relazione all'art. 14 della Costituzione, che statuisce il principio dell'inviolabilità del domicilio, perché la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora costituisce una delle *naturali modalità di attuazione delle*

S. SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2012, p. 588 s.; F. IOVENE, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3556 s. In merito alle investigazioni informatiche v. S. ATERNO, voce *Digital forensies*, in *Dig. Disc. Pen.*, Aggiornamento, UTET, 2014, p. 239 s.

[10] Sul tema delle videoriprese v. C. MARINELLI, Le videoriprese investigative in luoghi esposti al pubblico: verso la progressiva emersione dei criteri di qualificazione degli ambiti spaziali soggetti alle operazioni, *in* Cass. pen., 2007, p. 4643 s.; ID., *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007, p. 172 s.; F. CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 1843 s.; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Cedam, 2011, p. 102 s.; M. INGENITO, D. INNOCENTI, *La videoregistrazione domiciliare di comportamenti comunicativi nella previsione e non comunicativi nei risultati*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 1336 s.; I. GUERINI, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi nel luogo di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 737 s.

intercettazioni, costituenti mezzo di ricerca della prova funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 della Costituzione), con il quale il principio di inviolabilità del domicilio deve necessariamente coordinarsi, subendo la necessaria compressione, al pari di quanto previsto dall'art. 15 della Costituzione in tema di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. (In motivazione, la S.C. ha osservato altresì che *la previa autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione rende superflua l'indicazione da parte del giudice delle modalità da seguire nell'espletamento dell'attività materiale e tecnica da parte della polizia giudiziaria*, e che la registrazione delle conversazioni intercettate offre la prova delle operazioni compiute nel luogo e nei tempi indicati dal giudice stesso e dal P.M.). (Cass., Sez. II, n. 21644 del 13 febbraio 2013, Badagliacca e altri, Rv. 25554101. V., nel medesimo senso, Cass., Sez. I, n. 38716 del 2 ottobre 2007, Rv. 238108; Cass., Sez. IV, n. 47331 del 28 settembre 2005, Rv. 232777; Cass., Sez. VI, n. 6071 del 21 gennaio 2004, Rv. 227651; Cass., Sez. III, n. 29169 dell'11 giugno 2003, Rv. 224894).

Non sono del tutto sicuro che, a proposito dello specifico tema che viene qui in discorso, il "più comprenda il meno", quasi si trattasse di un gioco delle scatole cinesi[11]. Un dato, apparentemente "innocuo" e spesso trascurato, va posto a mio avviso in risalto. Si tratta, infatti, della esigenza costituzionale che le compressioni alla libertà personale (art. 13 Cost.), alla "libertà" del domicilio (art. 14 che fa riferimento alle garanzie previste per la libertà personale), ed alla libertà e segretezza delle comunicazioni, avvengano, non soltanto in presenza della garanzia di stretta legalità circa i casi e i modi, ma – ed è questo il punto – in forza di un atto "motivato" della autorità giudiziaria.

Atto, quindi, che è chiamato a "spiegare" non soltanto il "perché" è indispensabile procedere alla attività repressiva o invasiva, ma anche il "come" quella specifica modalità di invasione deve essere eseguita, anche (e starei per dire soprattutto) in riferimento alle specifiche "modalità tecniche". Sono proprio queste, infatti, che possono concretamente far "virare" il bilanciamento normativo tra i valori delle esigenze di giustizia e le garanzie per il cittadino, e compromettere i diritti fondamentali oltre lo stretto indispensabile, facendo esondare quel mezzo – ontologicamente eccezionale – dai confini costituzionali entro i quali è chiamato ad operare.

Ed è proprio la motivazione (non a caso, dunque, costituzionalmente imposta) a rendere ragione del fatto che deve essere la intera sequenza della attività invasiva a postulare – anche nei profili tecnico-esecutivi – la relativa "controllabilità", posto che, altrimenti, sarebbe la stessa garanzia costituzionale a risultare frustrata proprio nei suoi segmenti più significativi dal punto di vista pratico.

---

[11] Sul tema v., fra gli altri, L. FILIPPI, in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher, Giappichelli, 2013, p. 894 s.; A. GAITO, in *Le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni* (atti del Convegno svoltosi a Milano il 5-7 ottobre 2007 a cura della Associazione fra gli studiosi del processo penale), Giuffrè, p. 169 s.

6. - Ma il momento di maggior frizione tra diritti della persona e strumenti tecnici di invasione, a fini investigativi, della sfera privata è stato raggiunto con l'impiego dei cosiddetti captatori informatici che utilizzano programmi di infezione, denominati, con efficace simbolismo, *trojan horse*.

La tematica è stata, come è noto, affrontata dalle Sezioni Unite nella sentenza Scurato (Cass., Sez. un., n. 26889 del 28 aprile 2016, Scurato)[12]. E' la stessa sentenza a spiegarci cosa può fare questo virus, una volta che ha infettato il dispositivo bersaglio (*computer*, *tablet*, *smartphone*). «Uno strumento tecnologico di questo tipo – si legge infatti nella parte motiva - consente lo svolgimento di varie attività e precisamente: - di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia *web mail*, che *out look);* - di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi; - di mettere in funzione la *web camera*, permettendo di carpire le immagini; - di perquisire lo *hard disk* e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira; - di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema *(keylogger)* e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio *(screenshot);* - di sfuggire agli antivirus in commercio. I dati raccolti – puntualizza, poi, la sentenza, sono trasmessi, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.».

È evidente la importanza e l'efficacia di un simile strumento per la buona riuscita delle indagini: ma sono anche evidenti gli enormi spazi di intrusione nella vita privata, anche di soggetti estranei al procedimento, che un simile "armamentario" di indagine itinerante è in grado di produrre.

La risposta delle Sezioni Unite, a me sembra, non si scompone più di tanto. La sentenza Scurato, infatti, ha affermato che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico è consentita nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata, per i quali trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed

---

[12] V. E. LORENZETTO, *Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico"*, in *dir. penale contemporaneo*, 24 marzo 2016; C. PELOSO, *La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo*, *ivi*, 1 giugno 2017, nonché in *Diritto pen. contemporaneo,* n. 1 del 2017, p. 149 s.; P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma,* in *Processo penale e giustizia*, n. 2016; P. DI STEFANO, *Grande fratello si, intercettazioni con lo smartphone ma solo per la criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 2016, II, 513; A. CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una* liaison *tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Archivio pen. on line*, n. 2 del 2016; G. CASCINI, *Trojan, la pronuncia delle Sezioni Unite: i punti fissati e le questioni aperte*, in *Quest. Giust. On line*, 4 maggio 2016. Sul tema v. anche M. DANIELE, *Le indagini informatiche contro il terrorismo. Bilanciamenti difficilie timori legislativi*, in *Diritto penale e modernità* (Atti del Convegno, Trento, 2 e 3 ottobre 2015), a cura di R. Wenin e G. Fornasari, Università degli studi di Trento, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, 27-2017, p. 270 s.; nonché F. IOVENE, *Contrasto al terrorismo, indagini informatiche e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, p.291 s.

indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto.

In motivazione, è stato in particolare sottolineato che nelle intercettazioni tra presenti, effettuate con i modi "tradizionali", il riferimento al luogo non integra un presupposto dell'autorizzazione, rilevando solo limitatamente alla motivazione con riferimento alle situazioni ambientali oggetto della captazione e ai fini della determinazione delle modalità esecutive, salvo i casi in cui l'intercettazione debba avvenire nei luoghi di privata dimora. L'intercettazione tramite *virus* informatico, cui questa esigenza è invece del tutto estranea, prescinde per le sue caratteristiche tecniche dal riferimento al luogo, trattandosi di un'intercettazione ambientale "itinerante".

Muovendo da tali premesse, la Corte ha quindi escluso — *de iure condito* — la possibilità di disporre questo tipo di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., al di fuori della disciplina derogatoria prevista dall'art. 13 d.l. n. 152 del 1991. Non essendo possibile, infatti, determinare preventivamente il luogo della captazione, non vi sarebbe alcuna possibilità di un adeguato controllo da parte del giudice circa l'effettivo rispetto dell'art. 266, comma 2, c.p.p. che, senza alcuna eccezione, legittima le intercettazioni, condizionandole, nel caso si svolgano nei luoghi di privata dimora, al requisito incentrato sul fondato motivo di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa. Viceversa, nei procedimenti di criminalità organizzata tale requisito autorizzativo non opera e pertanto l'indicazione del luogo risulta irrilevante anche in rapporto alla tecnica del *virus* informatico, come lo è per le intercettazioni ambientali con mezzi tradizionali, senza che ciò determini alcun contrasto con i principi costituzionali e convenzionali posti a tutela della segretezza delle comunicazioni, della riservatezza e del domicilio perché frutto del bilanciamento già operato dal legislatore con la speciale disciplina dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 in ragione della eccezionale gravità e pericolosità dei particolari reati per cui è prevista la deroga.

Tuttavia — ha ancora sottolineato la Corte — in considerazione della particolare forza intrusiva del mezzo usato la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso.

Tutto a posto? Non direi, anche perché l'impiego del captatore informatico non sembra comportare, nella prospettiva privilegiata dalle Sezioni Unite, particolare oneri motivazionali in sede di decreto autorizzativo; ma anche, e soprattutto, perché, come spesso capita, *in cauda venenum*. Recependo, infatti, una imprudente tesi proposta dal Procuratore generale requirente, la sentenza – in un empito garantista – sottolinea come le concrete modalità dello strumento captativo possano produrre (pag. 21) «in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana», a fronte dei quali, peraltro, sarebbe evocabile una contromisura insita nell'ordinamento, «facendo discendere dal principio personalistico enunciato dall'art. 2 della Costituzione, e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva, la sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di "specifiche" intercettazioni che nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti abbiano acquisito "in concreto" connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità».

Spira aria di *happening* giuridico. Il più lasco (e doverosamente lasco) dei principi costituzionali, quello personalistico, viene assunto a norma precettiva di immediata applicazione, saltando a piè pari la doppia garanzia di legalità che presidia gli artt. 13, 14 e 15, dal momento che si devolve direttamente al giudice il compito di individuare (e dunque "creare") "casi" e "modi" secondo i quali un mezzo, pur riconosciuto come strumento "legale" di indagine, abbia determinato "concrete" lesioni della dignità; sancendo, quale relativo epilogo processuale, la inutilizzabilità, che pure è sanzione anch'essa riconducibile al paradigma della stretta legalità.

Il diritto giurisprudenziale mi sembra stia intraprendendo percorsi impervi, che confondono, anziché chiarire, i limiti (per i quali reputo ancora una volta essenziale il momento della motivazione) di tenuta costituzionale di strumenti tecnici indispensabili, ma di potenzialità invasiva enorme.

7. - La insidiosità, davvero impressionante, che presenta l'impiego dei captatori informatici in dispositivi elettronici portatili ha determinato la formulazione, nella recente riforma Orlando, di specifiche previsioni in sede di conferimento della delega legislativa in materia di intercettazione di conversazioni e comunicazioni. Sono state infatti enunciate direttive assai "stringenti" a proposito dei captatori informatici, che segnalano quanto alta sia la preoccupazione che l'utilizzo di tali strumenti finisca per "sterilizzare" tutte le garanzie che presidiano la *privacy* dell'individuo, anche al di fuori della sfera di quanti siano coinvolti nelle indagini.

I decreti delegati dovranno infatti prevedere che: 1) «L'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice; 2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'articolo 348, comma 4, del codice di procedura penale, su indicazione della polizia giudiziaria operante che è tenuta a indicare l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'articolo 268 del medesimo codice; 3) l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'articolo 614 del codice penale soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 266, comma 1, del codice di procedura penale: in ogni caso il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il *server* della procura così da garantire originalità e integrità delle registrazioni; al termine della registrazione il captatore informatico venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante; 5) siano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente comma, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che

tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo *standard* idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia; 6) fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale, con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 7) i risultati intercettativi così ottenuti possano essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo e possano essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale; 8) non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbino coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede».

Una articolazione ed un dettaglio, come ognuno vede, di tale portata da privare il legislatore delegato di qualsiasi reale autonomia quanto alla disciplina delle particolari forme di intercettazione attraverso captatori informatici, al punto da rendere perplessi circa le ragioni per le quali non si sia ritenuto di dettare direttamente in sede legislativa le relative disposizioni, con autonoma e immediata portata precettiva, evitando, fra l'altro, la nutrita gamma di "incertezze" che ineluttabilmente continueranno a caratterizzare la materia *medio tempore*.

8. - Qualche fugace osservazione credo vada riservata anche al problema della conservazione e gestione dei dati, dal momento che, attraverso incroci, letture integrate e sofisticati procedimenti di filtraggio, è possibile trarre una "mappa"o tante "mappe" personalizzate di situazioni di vario genere, che determinano potenzialità "ispettive" smisurate[13]. A proposito, ad esempio, della conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico la materia è ora disciplinata dall'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, oggetto di diversi interventi normativi (v. nell'ordine: art. 3 d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, conv., con modif., dalla l. 26 febbraio 2004, n. 45; art. 6 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv., con modif., dalla l. 31 luglio 2005, n. 155; art. 10 l. 18 marzo 2008, n. 48; art. 2 d.lg. 30 maggio 2008, n. 109, e, da ultimo, art. 4-*bis* d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv., con modif., in l. 17 aprile 2015, n. 43).

Al di là di come risulta positivamente regolata la materia, va rammentato che l'attuale assetto della disciplina è il frutto delle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 109 del 2008, attuativo della direttiva 2006/24/CE. Nel 2014, tuttavia, questa direttiva è stata dichiarata invalida dalla Corte di Giustizia UE per violazione degli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; ed è interessante, a mio avviso,

[13] In tema di DNA, v. E. COLOMBO, *La banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel panorama europeo, alla luce del regolamento attuativo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 375 s.

ripercorrere i momenti centrali di tale decisione (Corte di giustizia UE, Grande sezione, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*)[14].

A questo proposito, la Corte ha evidenziato, innanzi tutto, l'oggetto particolarmente esteso, dal momento che la direttiva prendeva in considerazione qualsiasi persona e qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica nonché l'insieme dei dati relativi al traffico senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi. Il che, evidentemente, rendeva problematico un positivo scrutinio in termini di proporzionalità. Accanto a ciò, la direttiva censurata non prevedeva alcun criterio oggettivo che permettesse di delimitare l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e il loro uso ulteriore a fini di prevenzione, di accertamento o di indagini penali in relazione a reati che potessero essere considerati sufficientemente gravi da giustificare siffatta ingerenza, limitandosi, al contrario, a rinviare in maniera generale ai reati gravi come definiti da ciascuno Stato membro nel proprio diritto interno. Inoltre, la direttiva non indicava le condizioni sostanziali e procedurali che consentissero alle autorità nazionali di avere accesso ai dati e di farne uso; soprattutto – aspetto, questo, che, a mio avviso, assume notevole risalto - non subordinava l'accesso ai dati al previo controllo di un giudice o di un ente amministrativo indipendente. Sempre a parere della Corte di Lussemburgo, poi, la direttiva non prevedeva garanzie sufficienti ad assicurare una protezione efficace dei dati contro i rischi di abusi e contro qualsiasi accesso e utilizzo illeciti dei dati. La direttiva, infine, si presentava censurabile anche perché non imponeva che i dati fossero conservati sul territorio dell'Unione e di conseguenza non garantiva il pieno controllo da parte di un'autorità indipendente del rispetto delle esigenze di protezione e di sicurezza, come è invece espressamente richiesto dalla Carta.

Tali "indici" di riconoscimento delle garanzie "minime" che – al lume della Carta di Nizza - devono presiedere alla conservazione e gestione di dati sensibili, parrebbero in qualche misura "esportabili" anche al di fuori dello specifico tema del traffico di comunicazioni telefoniche o informatiche, per attingere, più in generale, il sempre più complesso e delicato tema delle "banche dati" concernenti elementi in grado di interferire, anche pesantemente, sul piano della tutela dei diritti alla dignità ed alla *privacy*. Basti pensare ai dati sanitari, alle possibili mappature del DNA, alle impronte digitali, alle informazioni inerenti dati ancor più "personali," come le tendenze sessuali, le opinioni politiche e quant'altro. Il patrimonio delle conoscenze, proprio in virtù della tecnologia, e della possibilità di attingere ad una gamma pressoché smisurata di "fonti",

---

[14] Sulla importanza di tale decisione nel quadro delle garanzie offerte dalla Carta dei diritti fondamentali, v. M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2015, n. 1, p. 29 s.; F. IOVENE, Data retention *tra passato e futuro. Ma quale presente?*in Cass. pen. 2014, p. 4280 s.; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 s.; G. TIBERI, *La Corte di giustizia sula conservazione dei dati: la protezione dei diritti fondamentali nel "dopo-Lisbona"*, in *Quad. cost.*, 2014, n. 3. P. 721 s.; A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, loc. ult. cit., p. 722 s.; E. COLOMBO, *"Data retention" e Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2713.

pone indubbiamente il problema della raccolta e gestione di simili elementi conoscitivi: e le fin troppo intuibili esigenze di *intelligence* e di prevenzione e repressione di gravi fenomeni criminali, nazionali e internazionali, non rappresentano certo un elemento neutro ai fini di un corretto bilanciamento fra contrapposte esigenze.

9. - Il settore nel quale credo però si avverta con maggiore acutezza il problema della compatibilità tra le nuove acquisizioni scientifiche o tecniche e la protezione di diritti della persona è quello delle neuroscienze e della genetica, in riferimento a "controlli" o trattamenti che finiscono per coinvolgere direttamente la sfera psichica o volontaristica della persona.

Quanto è possibile spingersi nell'*inspicere*, o nel *perquirere*, quando l'ambito della ricerca non sia una cosa o un luogo ma la sfera più intima dell'uomo, vale a dire la sua capacità di comprendere, provare sentimenti, scegliere il da farsi e svolgere, in una parola, le sue finzioni intellettive superiori? Ad una parte del quesito il codice di rito, come è noto, dà una risposta tramite l'art.188: non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. La disposizione – definita dalla Corte costituzionale come diretta applicazione dell'art. 2 Cost., ed espressiva di un principio di civiltà giuridica (sentenza n. 229 del 1998) – corrispondente alla regola sancita dall'art. 64, comma 2, per l'interrogatorio dell'imputato, mira evidentemente a salvaguardare la libertà morale dei cittadini in sede di assunzione delle prove, a fronte di mezzi coercitivi della volontà ovvero – come precisa la *Relazione al Progetto* preliminare - «a tecniche di subdola persuasione. L'accento – puntualizza la *Relazione* (testualmente identica a quella che accompagnava la stessa disposizione nel Progetto del 1978) – cade soprattutto su narcoanalisi, *lie detector*, ipnosi e siero della verità che si ritiene debbano essere banditi dalla sede processuale anche per la scarsa attendibilità che viene loro generalmente riconosciuta. Un'analoga disposizione, in tema di interrogatorio dell'imputato – si puntualizza ancora – è contenuta nell'art. 136 *a*) della *Stafprozessordnung* della Repubblica Federale di Germania» (circa il non pregiudizio per la libertà morale della persona v. anche l'art. 189 in tema di prove innominate).

Attraverso gli esempi che compaiono nella *Relazione*, parrebbe, dunque, che al divieto legale siano assoggettati non soltanto metodi e tecniche che direttamente incidano sulla libertà di autodeterminazione, in quanto strumenti di coercizione psichica (quali la narcoanalisi, l'ipnosi, il "siero della verità" e simili), vale a dire strumenti che nella iconografia classica della inquisizione assumevano i connotati (come la tortura) dei mezzi *ad eruendam veritatem*, ma anche quegli strumenti che "invaderebbero" la sfera privata attraverso il controllo estrinseco della verità di quanto dichiarato (l'esempio, appunto, del *lie detector*). Tema più delicato, questo, in quanto la idoneità di quello specifico mezzo ad influenzare la libertà di autodeterminazione è coniugata, secondo la *Relazione*, ad una inattendibilità degli strumenti all'epoca disponibili; quasi a ritenere questo secondo aspetto come sostanzialmente assorbente del primo.

Oggi, come è noto, si fa invece un gran parlare delle nuove frontiere aperte dalla risonanza magnetica funzionale per immagini, che rivelerebbe, secondo un modello di domanda binario (vero-falso), la localizzazione della sincerità delle risposte addirittura nel 99% dei casi sottoposti a sperimentazione.

Ma al di là dei risultati ancora sperimentali di queste tecniche di indagine che tendono a "fisicizzare" e a rendere dunque strumentalmente percepibili processi mentali sin qui affidati alla scienza medica di tipo diagnostico-deduttiva – quanto ai profili patologici – ed al giudice in punto di credibilità, reputo obiettivamente difficile escludere che quelle tecniche di accertamento non finiscano per "condizionare" proprio quella libertà di autodeterminazione che esprime il nucleo fondante della stessa dignità umana. Il tutto – vale forse la pena di ricordare – particolarmente acuito per i testimoni, i quali già sono "costretti" a comparire, dichiarare, e dire soltanto e tutta la verità, in un pubblico dibattimento, alla presenza dell'imputato, del pubblico e delle parti interroganti, non sempre "amichevoli".

Miscellanea preoccupante, dunque, che credo debba orientare verso scelte prudenti, che non sacrifichino i valori dell'individuo sull'altare di una astratta – quanto forse mitizzata e velleitaria - "ricerca della verità"[15].

Ma se neuroscienze e biologia molecolare e genetica stanno progredendo a grandi passi verso scoperte inusitate sulla struttura e funzione di talune aree del cervello, con individuazione delle aree della memoria, delle emozioni, degli impulsi, della genesi e sviluppo dei procedimenti decisionali, giungendo quindi ad analizzare interrelazioni tra fattori biologici e fattori comportamentali, e ad individuare caratteristiche neurologiche e genetiche che si assumono essere "predisponenti" verso il delitto[16], sembra davvero arduo immaginare la compatibilità tra simili approdi della scienza – quand'anche se ne postulasse la generale condivisibilità e la relativa affidabilità – e modelli probatori di accertamento della responsabilità, evocativi del tipo d'autore criminologico di lombrosiana memoria[17]. A scongiurare un simile epilogo, infatti, credo sia sufficiente la garanzia offerta dall'art. 200, comma 2, del codice di rito che, espressamente, esclude, quale oggetto di perizia, le indagini tese a stabilire «il carattere

---

[15] A proposito della tecnica del Facial Action Coding System, e della sua isolata applicazione, v. M. JELOVCICH, *Il Facial Acion Coding System: pseudoscienza o metodo affidabile per accertare l'attendibilità del contributo dichiarativo?*, in *dir. penale contemporaneo*, 12 dicembre 2014.

[16] V. al riguardo, fra gli ormai numerosi contributi sul tema, L. CAPRARO, *rimi casi "clinici" in tema di prova neuro scientifica*, in *Diritto pen. e giustizia*, 2012, n. 3, p. 95 s.; L. ALGERI, *Neuroscienze, infermità di mente e credibilità del dichiarante*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 1354 s.; F.R. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Proc. penale e giustizia*, 2016, n. 2, p. 1 s.; R.E. KOSTORIS, *Genetica, neuroscienze e processo penale: brevi considerazioni sparse*, in *Riv. Dir. proc.*, 2014, n. 3. P. 559 s.; S. MAFFEI, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: scienza e verità nel processo penale*, in *indice pen.*, 2006, p. 717 s.; G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova diciarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, p. 19 s.

[17] In tal senso espressamente, S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 681 s.

e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

Assai più problematico si fa invece il discorso allorché neuroscienze e sviluppi della biologia molecolare e genetica vengano impiegati nel delicato tema dell'accertamento della imputabilità, dal momento che il relativo apporto qualitativo finisce per interfacciare una serie non evanescente di problemi che spaziano dalla rigorosità dei parametri di apprezzamento, all'oggetto, sempre problematico, di ciò che possa intendersi con la "vecchia" formula della capacità di intendere e di volere. Il vizio di mente, evocato come categoria epistemologica raccordata al concetto di infermità, è, come è noto, entrato in crisi con la sentenza Raso[18] delle Sezioni unite, ove si è affermato il principio secondo il quale, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i "disturbi della personalità", che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità", purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue – si è pertanto ritenuto - che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di "infermità". (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo le indicazioni della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili, corrispondenti al quadro di una determinata malattia psichica, per cui, in quanto semplice "disturbo della personalità", non integrava quella nozione di "infermità" presa in considerazione dal codice penale). (Cass., Sez. un, n. 9163 del 25 gennaio2005, Raso, Rv. 23031701).

10. - Tutto questo ha finito per creare notevoli perplessità in merito alla perdurante validità del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, giunto alla sua quinta edizione, e reputato come uno dei sistemi nosografici per i disturbi mentali o psicopatologici più utilizzati da medici, psichiatri e psicologi di tutto il mondo, sia nella pratica clinica, sia nell'ambito della ricerca. Sembrerebbe in qualche misura entrata in crisi la stessa possibilità di ridurre ogni forma di psicopatologia o anomalia caratteriale all'interno di uno specifico e rigoroso quadro nosografico, dal momento che, a

[18] V. al riguardo M.T. COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2005, p. 420 s., M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 853 s.; U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274 s.; M. MILITELLO, *Imputabilità, infermità di mente e disturbi della personalità nella evoluzione giurisprudenziale*, in *Diritto e formazione*, 2005, p. 1601 s.; F. CALABRESE, *Rilievi critici e ricadute interpretative a seguito della pronuncia delle sezioni unite della corte di cassazione in materia di imputabilità*, loc. ult. cit., 2006, p. 37 s.

prescindere da situazioni di plurimorbilità, sarebbero discutibili gli stessi metodi attraverso i quali si è giunti a formulare le diverse categorie di malattie.

Da qui, anche, l'apertura che alcuni giudici di merito hanno ritenuto di dover formulare a favore delle nuove acquisizioni delle neuroscienze e della biologia e della genetica molecolare, dalle quali – a ben guardare – si presume di trarre elementi di valutazione di carattere "strumentale", dotati, quindi, di un maggior tasso di "obiettività" sul piano scientifico.

E' nota, a questo riguardo, la sentenza pronunciata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Como il 20 maggio 2011[19], nel caso di Stefania Albertani[20], e con la quale venne riconosciuto il vizio parziale di mente della imputata, in forza, anche, di analisi neuroscientifiche, che avevano evidenziato la presenza di «alterazioni» in «un'area del cervello che ha la funzione» di regolare «le azioni aggressive» e, dal punto di vista genetico, l'esistenza di fattori «significativamente associati ad un maggiore rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento».

Il punto è, ovviamente, assai delicato, perché taglia trasversalmente un duplice e concorrente ordine di problemi. Da un lato, infatti, affiora pur sempre l'estremo margine di ambiguità che caratterizza la presunzione di poter scientificamente distinguere fra loro, con un rigido tratto di penna, i due paradigmi della "normalità" psichiatrica da un lato, e la patologia (normativamente rilevante) dall'altro. Sotto un secondo profilo, occorre poi chiedersi quali siano, e soprattutto alla stregua di quali indici di apprezzamento, gli elementi sulla cui base poter formulare un giudizio di "scientifica affidabilità" di metodiche o tecniche di analisi in forza delle quali "l'esperto" – vale a dire l'"ausiliario" processuale e probatorio del giudice – è chiamato ad esprimere il proprio motivato "parere".

Il tutto, non senza dimenticare come il valore della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio (ormai trasformata in un acronimo nella identica espressione in lingua inglese), non manchi di riflettersi su tutti gli elementi necessari ai fini della condanna, essendosi al riguardo affermato che tale regola riguarda, appunto, tutte le componenti del giudizio e, pertanto, anche la capacità di intendere e di volere dell'imputato, il cui onere probatorio non è attribuito all'imputato medesimo, quale prova di una eccezione, ma alla pubblica accusa. (In applicazione del principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di appello, censurando il percorso logico motivazionale seguito dai giudici, che, a fronte di un quadro probatorio ritenuto incerto sull'esistenza di un vizio totale o parziale di mente dell'imputato, avevano concluso per la sussistenza quanto meno del vizio parziale di mente). (Cass., Sez. I, n. 9638 del 25 maggio 2016, Celma, Rv. 26941601).

---

[19] V. F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p.110 s.

[20] V. al riguardo le approfondite riflessioni svolte da M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto pen. contemporaneo*, 15 febbraio 2012. Sul tema in generale v. I. BETSOS MERZAGORA, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Cortina, Milano, 2012, *passim.*

11. - Ma allorché, come nel campo delle neuroscienze e degli apporti di tipo biologico o genetico, non si raggiungano, nell'ambito dello stesso dibattito scientifico, soglie di unanime condivisibilità, il problema si sposta da un piano di astratta compatibilità delle metodiche rispetto ad una semplice plausibilità di risultati, a quello, assai più delicato, dei parametri di giudizio in sede di valutazione processuale, giacché l'autonomo apprezzamento del giudice ed il corrispondente onere motivazionale, non si radicano – come avviene negli ordinamenti di *common law* – su consolidate "massime" che regolano tali profili.

A questo riguardo, si ricorda, infatti, che nel 1993, con il caso *Daubert VS Merrel Dow Pharmaceuticals*21, la Corte Suprema degli Stati Uniti decise che il cosiddetto *standard Frye* (elaborato nella sentenza del 1923 nel caso Frye contro Stati Uniti) circa l'accettazione generale della prova scientifica, non è, da solo, sufficiente alla valutazione di un prova scientifica incerta. La Corte, al riguardo, "aggirando" il principio Frye, ha deciso, infatti, di applicare la più generale regola 702 delle Federal Rules of Evidence, relativa ai criteri di ammissione della "testimonianza esperta", e si è così espressa a favore dell'ammissibilità di tutti i testimoni con i requisiti enunciati nella regola stessa. Secondo la regola 702, infatti, un "testimone esperto" (il corrispondente del nostro perito o consulente tecnico) deve: 1) presentare fatti e dati sufficienti; 2) fondarsi su principi e metodi affidabili; 3) applicare in modo affidabile i principi e i metodi al caso.

Nella sentenza Daubert, la Corte statunitense non si è pertanto limitata a ribadire il principio della generale accettazione da parte della comunità scientifica di una determinata "legge di copertura", ma, posta di fronte all'ammissibilità di una prova nuova, ha affermato che il giudice è chiamato a valutare criticamente l'affidabilità dei metodi e delle procedure utilizzati dall'esperto. Questa valutazione – ha sottolineato la Corte - deve dunque essere condotta tenendo in considerazione anche altri principi, quali: *a*) la possibilità di sottoporre la teoria o tecnica scientifica a verifica empirica, falsificarla e confutarla; *b*) l'esistenza di una revisione critica da parte degli esperti del settore; *c*) l'indicazione del margine di errore noto o potenziale e il rispetto degli *standards* relativi alla tecnica impiegata.

Da quel momento, il caso Daubert è diventato il punto di riferimento per la valutazione della prova scientifica. Anche quando i "criteri Daubert" non dovessero risultare tutti applicabili alla prova che venga concretamente in discorso (come il *peer review* o le pubblicazioni), spetta dunque ai giudici valutare le metodologie tecnico – scientifiche utilizzate dai testimoni esperti.

I principi distillati nella sentenza Daubert (dopo precedenti arresti in senso difforme) non sono rimasti senza eco anche nella nostra più recente giurisprudenza di

---

[21] V. G. PONZANELLI, *Scienza, verità e diritto: il caso Benedictin (nota a Corte Suprema USA 28 giugno 1993)*, in *Foro it.*, 1994, IV, 184; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela penale delle vittime*, Giuffrè, 2003, p. 436 s.; L. GIUPPONI, *Il giudice, l'esperto e il paradosso della prova scientifica*, in *scienzainrete*, 12 marzo 2013; F. TAGLIARO, E. D'ALOJA, F.P. SMITH, *L'ammissibilità della «prova scientifica» in giudizio e il superamento del* Frye standard*: note sugli orientamenti negli USA successivi al caso* Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 719 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 236 s.

legittimità[22]. Si è infatti affermato che la sussistenza del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico. (Cass., Sez. IV, n. 43786 del 17 settembre 2010, Cozzini e altri, Rv. 24894301. V. anche Cass., Sez. IV, n. 18933 del 27 febbraio 2014, Rv. 262139; Cass., Sez. V, n. 9831 del 15 dicembre 2015, Rv. 267567).

12. - Esclusa la possibilità di fare ricorso alle nuove scienze come strumento di accertamento tecnico, quante volte il relativo impiego, per le modalità di applicazione o altri fattori, finisca per coinvolgere e compromettere la dignità della persona o i suoi diritti fondamentali, ovvero pregiudichi la sua libertà morale, resta comunque aperto il problema relativo alla "elevata credibilità razionale" che quell'accertamento deve presentare proprio sul piano della attendibilità scientifica, dal momento che, ove così non fosse, sarebbe lo stesso valore del contraddittorio e del giusto processo a risultare in concreto frustrato.

Gli indici di riferimento per valutare il tasso di affidabilità delle nuove metodiche di accertamento di sindromi nosograficamente non agevolmente inquadrabili, finiscono per non divergere, nella sostanza, dai criteri enunciati per annettere valenza probatoria a qualsiasi tipo di contributo scientifico, oggi particolarmente richiesto soprattutto sul versante del nesso causale. Gli approdi giurisprudenziali innanzi segnalati, possono indubbiamente soccorrere, anche se molta parte dello scrutinio, non potrà che essere rimesso al "metodo razionale" utilizzato dal giudice, tanto in sede di ammissione "processuale" di quelle tecniche, quanto – e soprattutto – in sede di valutazione dei relativi risultati.

Un percorso arduo, dunque, che non esclude aperture culturali ormai ineludibili (anche al di fuori di qualsiasi pretesa che intendesse risolvere ogni partita sul piano esclusivamente nomologico) ma che deve necessariamente fare i conti con il massimo scrupolo nella selezione dei parametri di apprezzamento, da riversare, poi, nella

[22] P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri* Daubert *sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss.;

coerente e controllabile motivazione: ancora una volta, punto centrale di garanzia e di verifica del percorso seguito.