

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Penale - Prove

**IL PROCEDIMENTO PENALE E NUOVE
TECNOLOGIE PER LA CAPTAZIONE DI
DIALOGHI TRA PRIVATI**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Paolo Moscarini

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Matteo Tullio

Maria Rubera

CANDIDATA

Ludovica Onorati

Matricola 141343

Anno Accademico 2019 – 2020

*A nonna Sisina,
che possa arrivarti il mio pensiero fin lassù.*

INDICE

Introduzione.....	5
CAPITOLO I. LA SALVAGUARDIA COSTITUZIONALE ED INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI COINVOLTI DALLA CAPTAZIONE DI COLLOQUI.....	10
1. I diritti umani nel contesto investigativo.....	10
2. Il diritto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni.....	16
2.1 Cenni storici.....	17
2.2 Elementi strutturali.....	22
2.3 Riserva di legge e riserva di giurisdizione.....	25
3. La tutela del diritto alla riservatezza secondo il Diritto costituzionale italiano.....	26
3.1 Generalità.....	26
3.2 Analisi sistematica.....	28
3.3 Problematiche circa l'applicabilità delle garanzie costituzionali.....	31
4. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.....	33
4.1 Introduzione all'art.8 CEDU.....	33
4.2 Campo di applicazione.....	34
4.3 Ingerenze nella vita privata.....	35
4.4 Forme di ingerenza nel diritto al rispetto della corrispondenza.....	36
4.5 Condizioni per l'ingerenza.....	39
4.6 Confine tra la lesione della riservatezza e lesione del diritto alla segretezza delle comunicazioni.....	42
CAPITOLO II. IL CONCETTO GIURIDICO DI INTERCETTAZIONE E LE ALTRE FIGURE AFFINI.....	44
1. La disciplina delle intercettazioni. Una visione di insieme.....	44
2. Il concetto giuridico della fonoregistrazione. Inquadramento delle nuove modalità di registrazione delle conversazioni.....	48
2.1 Registrazione effettuata da un privato al di fuori del procedimento e di sua stessa iniziativa.....	53
2.2 Registrazione effettuata da un privato su impulso della Polizia giudiziaria.....	56
2.3 La figura dell'agente segreto attrezzato per captare il suono.....	59

2.4	<i>Registrazioni di telefonate all'insaputa dell'interlocutore.....</i>	62
2.5	<i>Registrazione sul monitor (screencast) e istantanea effettuata sullo schermo di un dispositivo digitale (screenshot).....</i>	64
2.6	<i>Casi di illiceità delle attività di registrazione.....</i>	65
3.	<i>Le attività di captazione di colloqui dai confini indeterminati.....</i>	67
3.1	<i>Attività di captazione mediante intercettazione ambientale.....</i>	68
3.2	<i>Attività di captazione mediante captatore informatico.....</i>	71
3.3	<i>Introduzione alle problematiche legate allo sviluppo di nuove tecnologie.....</i>	74
	CAPITOLO III. LE NUOVE TECNICHE DI CAPTAZIONE DI COLLOQUI: IL LORO AMBITO APPLICATIVO E LA CORRISPONDENTE DISCIPLINA.....	77
1.	<i>Sviluppo di nuove tecnologie legate alla captazione di colloqui.....</i>	77
2.	<i>Ambito applicativo degli smart speakers.....</i>	79
2.1	<i>Definizione e funzionamento.....</i>	79
2.2	<i>Rapporto con il diritto alla tutela della riservatezza.....</i>	81
2.3	<i>Rischi connessi ad un utilizzo inconsapevole degli smart speakers.....</i>	83
3.	<i>Registrazioni tramite Smart Speaker.....</i>	85
3.1	<i>Attivazione di registrazione accidentale.....</i>	85
3.2	<i>Le registrazioni tramite smart speaker nell'esperienza giuridica transfrontaliera.....</i>	88
3.3	<i>Diversità di sistemi probatori. Stati Uniti ed Italia a confronto.....</i>	90
4.	<i>Possibili risvolti dell'introduzione di registrazioni mediante smart speaker nel procedimento penale italiano.....</i>	98
4.1	<i>Possibile compatibilità con l'applicazione della disciplina della testimonianza.....</i>	98
4.2	<i>Possibile ingresso nel procedimento penale delle registrazioni tramite smart speaker come prova atipica.....</i>	100
4.3	<i>Un tentativo di applicazione della disciplina in materia di intercettazioni.....</i>	102
4.4	<i>Controllo dell'altoparlante intelligente mediante captatore informatico.....</i>	107
4.5	<i>Affinità con la disciplina in materia di fonoregistrazioni.....</i>	108
	CONCLUSIONI.....	110
	BIBLIOGRAFIA.....	112

INTRODUZIONE

Nella presente tesi si tratterà la disciplina relativa alla captazione di colloqui, avendo particolare riguardo alle nuove tecnologie di captazione. Più specificamente, si dedicherà peculiare attenzione al fenomeno dell'intrusione nella sfera privata attuata mediante altoparlanti intelligenti (*smart speakers*); soluzione operativa al cui proposito, in Italia non si ha ancora notizia di precedenti giurisprudenziali.

La tematica risulta di grande attualità, poiché l'ingresso nella società delle nuove tecnologie cambia in qualche modo la prospettiva di applicazione del diritto alla società stessa. In particolare, al giorno d'oggi, stanno cambiando molto rapidamente i supporti e le modalità di svolgimento delle attività di registrazione di conversazioni.

Le registrazioni di cui parla il codice di rito penale, e che sono quindi state oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina italiane, si configurano come un tipo di documentazione che *non ha* le stesse caratteristiche digitali avanzate, proprie delle registrazioni che vengono effettuate oggi mediante gli appositi supporti.

Una simile innovazione deve spingere il giurista ad analizzare con estremo rigore le conseguenti problematiche.

Per una corretta analisi in tal senso, nel primo capitolo si effettuerà una disamina dei diritti umani coinvolti nella tematica della captazione di colloqui. In particolare, si tratterà degli artt. 13-15 della Costituzione, con più specifico riguardo dell'art.15 Cost. che tutela la libertà e la segretezza delle comunicazioni.

In particolare, la limitazione della libertà personale (art. 13 Cost.), del domicilio (art. 14 Cost.) e della corrispondenza (art. 15 Cost.) per fini investigativi di accertamento e repressione dei reati, è possibile ma solo nel rispetto della doppia riserva, di legge e di giurisdizione.

Vi sono però beni giuridici sì previsti in Costituzione, ma non assistiti dalla doppia riserva, di legge e di giurisdizione: si tratta dei c.d. "diritti di seconda generazione"¹,

¹In tal senso, M. TORRE, *Indagini informatiche e processo penale*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche, 2015

situazioni giuridiche soggettive la cui crescente importanza rappresenta il segno tangibile dell'evoluzione della coscienza sociale. La loro copertura costituzionale viene tradizionalmente individuata nell'ambito di tutela negli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale.

Considerando la forte invasività dei nuovi strumenti di captazione dei colloqui, si tratterà della tutela della riservatezza, un tema sinora non affrontato direttamente dal nostro legislatore, ma che ruota attorno ai principi costituzionali in quanto strettamente connesso al diritto alla libertà personale, domiciliare ed al diritto alla segretezza delle comunicazioni.

Si andrà dunque a definire il campo di applicazione dell'art. 8 CEDU, che risulta essere di ampia portata, ma che tutela principalmente la vita privata, la vita familiare, il domicilio e la corrispondenza.

Pertanto, una volta individuati, alla luce delle norme costituzionali ed internazionali in materia, i diritti umani da tutelare, di fronte alla captazione di colloqui riservati da parte di terzi estranei, nel secondo capitolo si cercherà d'illustrare la differenza funzionale tra il concetto di intercettazione e quello di registrazione e i risvolti processuali che tale distinzione comporta.

Si definirà il concetto di intercettazione, ormai tradizionalmente ravvisato nella captazione occulta e contestuale, da parte di un terzo estraneo al colloquio, di una comunicazione o di una conversazione tra due o più soggetti che la realizzino con l'intenzione di escluderne tutti gli altri.

Successivamente, si mostrerà come la fonoregistrazione, risolvendosi nella cristallizzazione e nella conservazione di traccia lasciata da un determinato un fatto storico ormai accaduto, ben possa essere assimilata ad un'attività che la nostra stessa mente è solita compiere. Si tratta infatti di una modalità di captazione effettuata da un soggetto presente alla conversazione, anche se all'insaputa dell'interlocutore, che può essere dunque ricondotta ad una attività di memorizzazione della conversazione stessa.

Non sempre però si può parlare di registrazione in questi termini, infatti può accadere che un determinato soggetto compia tale attività su impulso della Polizia giudiziaria, oppure altre volte potrebbe trattarsi proprio di un agente di Polizia giudiziaria che

partecipi alla conversazione sotto mentite spoglie di privato. Ci si trova così di fronte al dubbio di qualificare tali situazioni come attività di indagine svolta dalla P.G., piuttosto che attività di captazione svolta un privato (e dunque rientrante nella categoria della prova documentale).

La giurisprudenza ha affrontato tali questioni cercando di darvi un'unica soluzione, poiché si scorge un vuoto di tutela in merito e la conseguente mancanza di una distinzione chiara tra tali fattispecie. Si è fatto ricorso a tal proposito alla figura del cd. "agente segreto attrezzato per captare il suono".

Si analizzerà poi la fattispecie della registrazione di telefonata effettuata da un privato al di fuori del procedimento penale. Anche per tale problematica ha dato soluzione la giurisprudenza, pervenendo pur sempre a qualificarla come prova documentale.

In tal senso, imporre un divieto di registrazione di una conversazione telefonica, alla quale si sta partecipando, corrisponderebbe all'imposizione di dimenticare una conversazione. Ciò non avrebbe alcun senso perché, pur se non *in loco*, si tratterebbe comunque di un'effettiva partecipazione alla conversazione.

Grazie all'ausilio del crescente, e ormai indispensabile, utilizzo degli *smartphone*, verrà considerato il fatto che una conversazione può ormai avvenire anche sotto forma di dialogo su una piattaforma di messagistica istantanea, e dunque essere registrata in modalità differenti rispetto a quelle previste per la captazione del suono.

In questi casi si tratta di una particolare tecnica di acquisizione, da parte di un privato, di un'immagine o di una registrazione dello schermo del dispositivo utilizzato. Ci si è chiesto, dunque, se anche in tali casi si possa ricorrere alla categoria della prova documentale. La Cassazione ha dato risposta affermativa: anche quando si tratta di dati di carattere informatico, essendo anch'essi rappresentativi di cose, si fa riferimento a tale categoria.

Ci si soffermerà poi sui casi in cui l'attività di registrazione e altre attività ad essa connesse (es. la diffusione di registrazione) sfocino in illeciti penali. Si tratta di una specifica disciplina prevista dal Codice penale per quegli illeciti che violano la segretezza delle comunicazioni, in particolare nel libro II - Dei delitti in particolare,

titolo XII - Dei delitti contro la persona, capo III - Dei delitti contro la libertà individuale, sezione V - Dei delitti contro la inviolabilità dei segreti.

Il secondo capitolo termina con l'introduzione di quello che sarà il vero cuore del problema: metodi di captazione, sempre più avanzati, dai confini indeterminati. Le intercettazioni ambientali e il particolare ausilio del captatore informatico permettono, oggi, di poter sfruttare la più recente tecnologia al servizio delle indagini.

L'evoluzione della tecnologia ha dato vita a strumenti formidabili che sono in grado di compiere una molteplicità di operazioni avanzate. Questi non sempre sono semplicemente classificabili, infatti alcuni di tali strumenti utilizzati in ambito investigativo non trovano una precisa disciplina che ne determini il corretto e legittimo utilizzo. Questo vuoto di tutela rischia di comprimere eccessivamente i diritti inviolabili della persona legati alla captazione di colloqui.

Considerando che più lo sviluppo tecnologico avanza e più cresce il vuoto di tutela in tal senso, si procederà ad introdurre i diffusi strumenti dotati di intelligenza artificiale. Tra questi si farà particolare attenzione ai cosiddetti "assistenti digitali", che utilizzano i classici algoritmi dell'apprendimento automatico, fungendo da veri e propri "aiutanti intelligenti".

Nel terzo capitolo, si tratterà in modo specifico degli *smart speakers*, noti assistenti digitali, che sono sempre più presenti nelle vite dei consumatori. Essi sono dei veri e propri altoparlanti intelligenti, che da un lato eseguono comandi vocali e semplificano la vita degli utilizzatori nel quotidiano, dall'altro riescono a captare una moltitudine di informazioni che provengono dall'ambiente di collocazione.

È stato dimostrato, infatti, come questi dispositivi ben possano riuscire a registrare conversazioni tra presenti, che vengono inviate su *server* esterni delle società di gestione di tali congegni. Le società gestiscono le informazioni che pervengono loro, nel rispetto delle norme in materia di privacy.

Sono stati riportati, a tal proposito, due esperimenti effettuati per testare l'invasività di tali strumenti nella riservatezza degli utilizzatori. Il primo è uno studio realizzato dalla società di sicurezza tedesca SRLabs: è stato dimostrato come un'operazione molto semplice, per un hacker, possa irrompere nella sfera della privacy di un utilizzatore di

smart speaker. È possibile, infatti, richiedere dati sensibili come la password dell'utente da qualsiasi app vocale e ascoltare le conversazioni dopo che un utente crede di aver interrotto l'app vocale. Il secondo esperimento è stato realizzato da un gruppo di ricercatori della Northeastern University e dell'Imperial College di Londra, che ha condotto un interessante e recentissimo studio su alcuni dei più popolari *smart speakers* sul mercato, al fine di capire quando si attivano erroneamente, col rischio di registrare le nostre conversazioni.

In seguito, sarà considerata l'esperienza giuridica (ad oggi, formatasi solo in alcuni Paesi Anglosassoni) in merito agli altoparlanti intelligenti, i c.d. "*Smart Speakers*". In particolare, si ricorderanno tre recentissimi casi di omicidio, avvenuti in ambiente domestico e alla presenza di tali congegni.

Essendo stato dimostrato come tali dispositivi ben possano registrare le conversazioni avvenute nell'ambiente in cui sono posizionati, si comprenderà quanto sia fondamentale per gli inquirenti poter usufruire di tali registrazioni e avere come testimone dei fatti uno *smart speaker*.

Alla luce dell'esperienza americana, verrà considerata l'ipotesi nella quale anche in Italia una simile documentazione venisse assicurata da parte di un "altoparlante intelligente", per verificare le possibilità di utilizzo nel giudizio penale di una simile prova.

Infine, si è tentato, con timidezza, di dare delle possibili soluzioni ai fini di una futura classificazione probatoria delle registrazioni tramite *smart speaker*, con l'auspicio che il legislatore provveda ad introdurre una disciplina *ad hoc* per le nuove tecnologie di captazione di colloqui.

CAPITOLO I

LA SALVAGUARDIA COSTITUZIONALE ED INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI COINVOLTI DALLA CAPTAZIONE DI COLLOQUI.

1. I diritti umani nel contesto investigativo

Il termine investigazione viene utilizzato nel diritto per indicare l'attività della Magistratura e della Polizia giudiziaria finalizzata alla prevenzione e repressione del crimine. Attività investigative possono anche essere svolte anche da un avvocato a favore del proprio assistito (imputato, persona offesa dal reato, parte civile), personalmente o mediante la collaborazione di altri soggetti come autorizzati, investigatore privato o consulente tecnico.

Esistono due tipi di investigazione:

- preventiva, ossia condotta fuori dal processo penale e prima che venga commesso un fatto criminoso;
- inquirente, condotta dalla polizia giudiziaria nell'ambito di un'istruttoria penale formalizzata dal P.M.

Le attività investigative, grazie al progresso tecnologico, oggi si avvalgono di atti, metodi e tecniche scientifici che si distinguono solitamente in atti tipici, specificatamente disciplinati nel codice di procedura penale e in regolamenti (escussione di persone informate sui fatti, perquisizioni, accertamenti, ecc), e atti atipici (pedinamenti, appostamenti).

Le tecniche investigative, strumento di indagine e di ricerca, tanto nelle fasi delle indagini preliminari quanto nella dinamica processuale, devono rispettare la dignità della persona umana e i valori del genere umano da cui discendono i diritti fondamentali dell'uomo, patrimonio ormai condiviso di tutte le culture.

Attività investigative o più strettamente processuali e qualsiasi norma le disciplini, che volessero negare la dignità della persona umana e che prescindessero dal rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo violerebbero la Costituzione, segnatamente l'art. 2 *“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia*

nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale[.]”, l' art. 3, “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge ...[.], nonché l'art. 2 del Trattato di Lisbona, “l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”.

I diritti fondamentali esistono, indipendentemente dallo Stato o dalle organizzazioni internazionali o sovranazionali, per ogni uomo. Non così per i diritti del cittadino, ossia i diritti civili, che, al contrario, vengono acquisiti nel momento in cui si entra a far parte di uno Stato. Tra i diritti del cittadino, oltre a quelli strettamente economici o politici, si collocano le libertà. Libertà e prerogative garantite ai cittadini si rinvergono principalmente nei Rapporti civili, artt. 13-28 della Parte I *Diritti e doveri dei cittadini* -Titolo I *Rapporti civili* della Costituzione Italiana. È possibile distinguere le libertà positive, sono tali i *diritti politici* (libertà di voto, di associazione politica) e i *diritti sociali* (diritto al lavoro, all'istruzione, alla previdenza, all'assistenza sanitaria), dalle libertà negative, da intendersi come la pretesa di non interferenza dello Stato nelle azioni individuali, come la libertà personale, art. 13.Cost. *“La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”*; la libertà di domicilio, art. 14. Cost.” *Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblico o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.*”; la libertà e segretezza delle comunicazioni, art. 15. Cost.” *La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione*

sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”; la libertà di manifestazione del pensiero, art. 21. Cost. “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni”.

La tematica della captazione di colloqui tra privati non può prescindere dunque dalla preventiva disamina dei diritti civili dichiarati, esplicitamente, artt. 13-15 Cost., o implicitamente inviolabili, art. 21 Cost.

La tutela apprestata dalla Costituzione per alcuni luoghi, il domicilio (art.14 Cost.) e per alcuni mezzi, le comunicazioni (art.15 Cost.) rivela, come evidenziato in dottrina, la volontà di proteggere indirettamente l'intimità della persona che si manifesta, riservatamente, in quei luoghi e con quei mezzi.²

A primo impatto, sembrerebbe maggiormente implicata e compromessa dalla captazione di colloqui la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, della quale l'art.15 Cost. ammette la limitazione soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge, come meglio si vedrà più avanti.

² A. CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, De Jure, 2017, p.3

Il diritto alla libertà e segretezza della “corrispondenza” risulta strettamente connesso alla tutela della vita privata, il cui luogo di svolgimento per eccellenza è proprio il domicilio. Non a caso, Amorth, già nel lontano 1948, affermava che il domicilio è tutelato in quanto costituisce una «*proiezione spaziale*» della persona.³

L'art. 14 Cost. 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*”⁴, e quindi vieta ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

Di regola, dunque, il domicilio, al pari della libertà personale, è intangibile, ma la magistratura o l'autorità di polizia possono adottare, con le opportune garanzie, eventuali misure invasive (ispezioni, perquisizioni, sequestri, accertamenti) dettate da interessi superiori quali:

- a) il buon andamento della giustizia: infatti l'ispezione è diretta ad acquisire le tracce del reato; la perquisizione è diretta ad acquisire il corpo del reato o le cose con le quali il reato è stato commesso o le cose che sono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato; il sequestro è diretto ad ottenere la prova di un reato (cd sequestro probatorio);
- b) la tutela dell'integrità fisica delle persone e delle cose: gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità (es. accertamenti e ispezioni disposti in caso di malattie infettive o epidemie o diretti a verificare le condizioni igieniche di un luogo di lavoro); accertamenti e ispezioni per motivi di incolumità pubblica (es. diretti a verificare le condizioni di sicurezza di un luogo di lavoro es. una fabbrica);
- c) fini economici e fiscali: gli accertamenti e le ispezioni per fini economici e fiscali (es. accertamenti e ispezioni svolti dalla guardia di finanza in un'azienda per verificare il regolare adempimento degli obblighi tributari).⁵

Il domicilio risulta, inoltre, avere una tutela rafforzata. Il Codice penale infatti punisce la violazione di domicilio perpetrata da un privato ex Articolo 614: “*Chiunque*

³ A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 62

⁴ Corte Cost. 7 maggio 2008, sent. n.149, in M. RIVERDITI, *Manuale di diritto penale*, CEDAM, Assago, 2017, p.1193

⁵ M. FAIOLA, *Libertà di domicilio e legittima difesa domiciliare*, Salvis Iuribus, 2018, p.1

s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno”.

Da ultimo, ma non per importanza, trova rilievo l'art.13 Cost. che tutela la libertà personale come diritto inviolabile. In dottrina, la portata del concetto di libertà personale non è pacifica. I Costituenti, in base a quanto emerso dai lavori preparatori della Assemblea Costituente, consideravano la libertà personale come libertà fisica *stricto sensu* distinta dalle altre forme di libertà, con la conseguenza di ritenere disciplinate da altre disposizioni costituzionali, quali gli artt. 16, 23 e 32 Cost., le imposizioni di obblighi.

Un primo orientamento dottrinale⁶ si basò sull'interpretazione restrittiva del concetto di libertà personale, in linea con le volontà dei Padri Costituenti. Accanto a tale orientamento se ne sono delineati altri, aventi come minimo comun denominatore la tendenza ad ampliare il concetto in questione.

Uno di questi ultimi, ad esempio, è l'orientamento che riconduce all'art. 13 Cost. anche le limitazioni della libertà morale.⁷ A tal proposito, il quarto comma dell'art.13 Cost. punisce *“ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”*.

Dunque, *“sebbene questa disposizione sembri destinata a tutelare solo colui che versi in statu coercionis, se ne può ricavare una più generale norma diretta a salvaguardare la libertà morale di chiunque si trovi comunque sottoposto ad un'indagine penale.”*⁸.

⁶ In tal senso: L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 30 e 38 e ss.; A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, Enc. dir., XXIV, Milano, 1974, pp. 290 e 295

⁷ M.L. FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Archivio Penale* maggio–agosto 2012 fascicolo 2 anno LXIV, p.592

⁸ P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p.45

Alla luce di tali diverse interpretazioni si può affermare che il diritto alla riservatezza è strettamente connesso al diritto alla libertà personale, alla libertà di domicilio ed al diritto alla segretezza delle comunicazioni.

Nel nostro ordinamento non si rinvencono riferimenti espliciti al diritto alla riservatezza. Furono Warren e Brandeis, per primi, nel 1890, a scrivere un'opera intitolata "*Right to Privacy*", da allora cambiò il modo di concepire la privacy e la riservatezza.

La privacy, nella sua accezione originaria, consisteva in un "*right to be let alone*". Da allora è cambiato il modo di concepire la vita privata, ed inoltre hanno fatto il loro dirompente ingresso le nuove tecnologie che hanno rivoluzionato la vita di milioni di persone, facendo così emergere la necessità di adeguare l'ordinamento a questo nuovo modo di concepire la società e le comunicazioni all'interno di essa.

In origine, anticipando ciò che verrà meglio spiegato successivamente, il diritto alla riservatezza aveva come scopo la tutela della diffusione di informazioni di soggetti da parte di terzi, oggi, invece, nella società dell'informazione, sono milioni i dati che vengono elaborati e che richiederebbero, quindi, una forma di protezione.

La configurazione del diritto alla privacy trova conferma nella elaborazione operata dalla giurisprudenza europea a partire dagli anni Settanta.

Mentre la Corte di Strasburgo, Corte europea dei diritti dell'uomo, ispirandosi all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), ha elaborato nel tempo la nozione di protezione della vita privata; la Corte di Lussemburgo, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, forgiando il modello di protezione del trattamento dei dati personali, anche in rete, ha inteso inserire il diritto alla privacy tra i diritti umani, tra i principi generali del diritto e nel sistema giuridico comunitario. La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale costituisce, dunque, un diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario.

Ad affermarlo è, non solo, l'art. 8 par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – c.d. Carta di Nizza – ma anche l'art. 16, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

L'efficienza della tutela accordata negli anzidetti testi normativi al trattamento dei dati personali è risultata tuttavia compromessa dalla velocità del progresso tecnologico degli ultimi anni. Di fronte a questa sfida il legislatore sovranazionale si è attivato con interventi normativi specifici cercando di garantire la libera circolazione dei dati personali, da una parte, la loro protezione, dall'altra (direttiva 95/46/CE). Tuttavia, in fase applicativa, la normativa non ha impedito la frammentazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato, soprattutto per le operazioni online, i rischi per la protezione delle persone fisiche. Ebbene, sulla base di tali considerazioni, il 26 aprile 2016 il Legislatore sovranazionale ha adottato il regolamento 679/2016 relativo alla protezione delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati, il quale ha abrogato la direttiva 95/46/CE. Il suddetto regolamento, denominato brevemente GDPR – General Data Protection Regulation – entrato in vigore il 24 maggio 2017, ha trovato applicazione a decorrere dal 25 maggio 2018.

2. Il diritto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni

La libertà e la segretezza delle comunicazioni prevista dall'art. 15 Cost. può considerarsi una proiezione della libertà personale nella vita privata, segnatamente nella sua dimensione relazionale. Come tale viene ad essere interessato e coinvolto in modo penetrante dalla tematica delle intercettazioni e, più in generale, della captazione di colloqui, oggetto di trattazione.

L'art. 15 sembra riferirsi alla segretezza non tanto delle notizie, ma a “*quella del mezzo col quale sono trasmesse*” e mira a tutelare non la comunicazione in sé, ma in quanto essa sia “*affidata a mezzi di comunicazione protetti*”⁹.

⁹ U. RUFFOLO, voce *Segreto (dir. priv.)*, in Enc. dir., vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989

2.1 Cenni storici.

In origine, la libertà di comunicare segretamente coincideva con la pretesa che il contenuto di una corrispondenza epistolare restasse segreto rispetto a soggetti terzi.¹⁰ Il sistema professionale di corrispondenza era organizzato dalle associazioni di commercianti in un contesto di espansione, all'alba del XIV sec., del traffico mercantile. La circolazione delle notizie nacque come scambio di comunicazioni private che i commercianti avevano interesse a mantenere segrete per incrementare le possibilità di profitto.¹¹ Non è un caso allora che nel diritto anglo-americano la libertà di comunicare riservatamente fosse ricompresa nel più generale diritto alla privacy, a sua volta proiezione del *'property right'*. Il criterio della proprietà-appartenenza era, infatti, *"tanto ampio da coprire non solo la pubblicazione di scritti privati non consentita dall'autore, ma anche (...) l'apertura o l'ispezione interna di una lettera oppure l'intercettazione di un messaggio telegrafico da parte di persona diversa dal destinatario o dell'avente diritto"*.¹²

L'evoluzione storica dei privilegi in diritti individuali, nonostante le diversità delle singole esperienze storiche, passa dapprima attraverso la nascita di singole entità statali in seno all'Impero e poi tramite la successiva trasformazione dello Stato assoluto in Stato di diritto. Quest'ultima è categoria ricognitiva di quel processo storico che vede l'organizzazione statale mutare prima in Stato legale, *"in cui ogni limitazione dell'autonomia individuale può avvenire soltanto in forza delle legge (...)"*, e solo successivamente in Stato di diritto in senso proprio, *ove alla garanzia della natura dell'atto limitativo "(...) se ne aggiunge un'altra, espressa nel principio che gli atti della pubblica autorità devono essere sottoposti al sindacato del giudice, affinché sia assicurata la loro effettiva conformità agli imperativi della legge."*¹³

¹⁰ C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, Forum di quaderni Costituzionali, 2013, p.1

¹¹ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Laterza, Bari, 2006, p.20

¹² A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974, pp.13-14

¹³ C. MORTATI, *Le forme di governo*, CEDAM, Padova, 1973, pp.39-40

Con la nascita degli Stati-nazione la situazione giuridica acquistò implicazioni ulteriori: la creazione di servizi postali alle dipendenze delle amministrazioni statali, creati su impulso e volontà dei *principes*, fornì una nuova esigenza di tutela del rapporto di corrispondenza, non più nei confronti dei soli soggetti privati, ma anche rispetto alle violazioni provenienti dal potere pubblico. In tale contesto si collocò, nella Francia del XVII sec., l'istituzione del *Cabinet Noir*, apposito ufficio creato con l'esclusivo compito di indagare e riferire sul contenuto delle corrispondenze in transito sul suolo francese. Anche in Inghilterra, ove pure lo sviluppo delle istituzioni va di pari passo con il riconoscimento delle libertà individuali, l'intervento dei pubblici poteri era “*così largamente praticat[o] e tollerat[o] che, nel 1822, essendo stata aperta arbitrariamente una lettera diretta ad un membro della Camera dei Comuni, questi reclama[va] non per la violazione del segreto epistolare, ma perché considera[va] il fatto come una violazione dei privilegi inerenti alla sua carica*”¹⁴.

“*I governanti (...) del tempo consideravano molto opportuno poter prendere cognizione della corrispondenza dei cittadini (...); la possibilità di esercitare un insidioso controllo direttamente nei rapporti più segreti dei sudditi determinava una lunga battuta d'arresto nella tutela del rapporto di corrispondenza (...). Infatti, mentre il Principe puniva coloro che, tra i privati, avevano distrutto o intercettato o divulgato il contenuto di lettere, arrogava a sé il diritto assoluto di poter accertare che in esse non fosse contenuto nulla che poteva mettere in pericolo la sicurezza dello Stato o la sua persona*”¹⁵

Dopo la rivoluzione, in Francia la protezione sarebbe stata finalmente duplice: la legge 10- 11 giugno 1791 per un verso abolì i Cabinets noirs, per un altro affermò solennemente che “*le secret des lettres est inviolable, et, sous aucun prétexte, il ne peut y être porté atteinte, ni par les individus, ni par les corps administratifs*”. All'innovativa enunciazione di principio compiuta dalla legge citata non seguì uno sviluppo lineare della tutela: i *Cabinets noirs* furono ripristinati da Napoleone con il nome di *Boureau de révision*, ufficio abolito durante i 100 giorni e successivamente

¹⁴ E. CHELI-P. BARILE, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p.742

¹⁵ V. ITALIA, *La libertà di corrispondenza*, in P. BARILE (a cura di) *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, p.206

riconfermato dalla restaurazione. A fronte di tale precedente normativo, sorprende il silenzio dello Statuto Albertino del 1848 che, pur tutelando libertà personale e libertà di domicilio, nulla disponeva a riguardo.

La legge n. 604 del 5 maggio 1863 stabiliva all'art. 27 (confermato poi 2 dalla l. n.651-1889 recante il T.U. del codice postale) che *“il segreto delle lettere è inviolabile. Il Governo ed i funzionari da lui dipendenti ne sono responsabili e vigilano rigorosamente perché non siano aperte da alcuno né venga presa in alcun modo cognizione del loro contenuto”*.

A quest'affermazione di principio seguirono poi gli artt. 28 e ss. che, nel prevedere la facoltà in capo ai funzionari del servizio di aprire plichi e corrispondenze qualora manchi l'indirizzo, l'indirizzo non fosse leggibile, oppure nel caso di rifiuto del destinatario, attenuavano l'inviolabilità del segreto.

Gli artt. 159 e ss. del Codice penale del 1889 (Codice Zanardelli) tutelavano, invece, la libertà e la segretezza della corrispondenza nei rapporti tra soggetti privati.

La tutela della libertà e segretezza della corrispondenza fino all'avvento del regime fascista incontra fasi alterne: il codice di procedura penale del 1913 (R.D. 27 febbraio 1913) ad esempio, con un dettato molto simile a quanto previsto dal codice attuale, attribuì al giudice il potere di aprire la corrispondenza epistolare diretta all'imputato (con una embrionale tutela per le comunicazioni telefoniche), e contestualmente conferì agli ufficiali di polizia giudiziaria il potere di fermare in via provvisoria l'inoltro della corrispondenza.

Già allora, quindi, vi era un trattamento differenziato per la segretezza da un lato, e per la libertà della corrispondenza dall'altro.

Così l'art. 238 del c.p.p. di epoca liberale: *"Il giudice può ordinare negli uffici postali e telegrafici il sequestro di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e di altra corrispondenza che abbia ragione di credere spediti all'imputato o a lui diretti anche con nome diverso o comunque attinenti al reato. Per procedere al sequestro può delegare ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria ma l'apertura delle corrispondenze sequestrate non può essere operata dal giudice. Il giudice può accedere agli uffici telefonici per intercettare o impedire comunicazioni o assumere informazioni"*.

La limitazione alla libertà, *stricto sensu* intesa, era prevista dall'art. 170: "*gli ufficiali di polizia giudiziaria nel procedere al sequestro non possono aprire carte sigillate, lettere pieghi, pacchi, telegrammi o documenti ma debbono trasmetterli intatti all'autorità giudiziaria. Nei casi in cui sia ammesso dalla legge il sequestro, nell'ufficio delle poste e dei telegrafi, di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altra corrispondenza, e sia urgente procedervi, ne fanno immediato rapporto all'autorità giudiziaria, e possono ordinare a chi è preposto al servizio di trattenerli fino al provvedimento giudiziario*".

La legislazione fascista era "*favorevole a colpire le violazioni private ma anche incline ad interpretare in termini estensivi la sfera delle legittime violazioni pubbliche*"¹⁶, ma il dato normativo, come spesso accade nei regimi autoritari, è una retorica asserzione: come ricordava l'on. Guida in Assemblea Costituente "*(...) ognuno sa quello che avviene in materia di corrispondenza e tutti coloro che hanno subito processi in periodo fascista sanno che la corrispondenza era controllata, ma che regolarmente i destinatari ricevevano le lettere che erano state loro spedite, beninteso dopo che la polizia ne aveva dedotte le notizie che le interessavano*" (Atti Ass. Cost., 104).

Solo nel 1973, con il D.P.R. n. 156/1973, il legislatore ha provveduto a sostituire il codice postale fascista, mentre solo nel 1974 è stata aggiornata la disciplina relativa alle intercettazioni telefoniche.

Considerando ora il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni nella Costituzione, emerge chiaramente già dall'analisi dei lavori preparatori come il contenuto della libertà di corrispondere e comunicare riservatamente si ponga "*(...) al pari della libertà domiciliare garantita dall'art. 14 Cost. come un ampliamento ed una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona umana sanzionato dall'art. 13 Cost.*"¹⁷.

Originariamente formulato dalla I Sottocommissione come articolo autonomo, il Comitato di redazione procedette all'unificazione delle tre inviolabilità in unico articolo, assimilandole quanto a limiti e garanzie. Prima della discussione del 20

¹⁶ P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in Dig. disc. pubbl. vol. IV, Torino, 1989, p.201

¹⁷ E. CHELI-P. BARILE, *cit.*, p.744

settembre 1946 avvenuta nella I Sottocommissione, il testo del progetto Basso-La Pira era così formulato: “[l]a libertà e la segretezza di comunicazione e corrispondenza in qualsiasi forma sono garantite. Può derogarsi a questa disposizione per specifica decisione dell'autorità giudiziaria. Durante il tempo di guerra, per disposizioni di legge possono essere stabilite limitazioni e istituite censure. La divulgazione di notizie conosciute per questi tramiti è vietata per legge”. Successivamente al dibattito (Atti Ass. Cost., 88) il testo fu leggermente modificato: “La libertà e la segretezza di comunicazioni e di corrispondenza in qualsiasi forma sono garantite. Può derogarsi a questa disposizione solo per motivata decisione dell'autorità giudiziaria. La legge può stabilire limitazioni ed istituire censure per il tempo di guerra. La divulgazione di notizie conosciute per questi tramiti è vietata”. Nella seduta della Commissione plenaria dei 75 (Atti Ass. Cost., 169), su proposta dell’On. Perassi, si decise di tornare all'originaria formulazione e di dedicare alla libertà in esame un articolo a sé stante, con la rilevante esclusione della norma relativa alle limitazioni in tempo di guerra.¹⁸

I Padri Costituenti consideravano gli artt. 13-14-15 Cost. fortemente connessi tra loro: un'interpretazione teleologico-soggettiva dell'articolo in commento costituisce dunque argomentazione a fortiori per considerare la libertà di comunicare riservatamente come proiezione spirituale della persona, naturale completamento della tutela che la Costituzione offre alla sua proiezione spaziale (art. 14) alla libertà in senso fisico (art. 13) e, più in generale, alla dignità umana ex art. 2 Cost.

In particolare, sull'inscindibile nesso che lega l'art. 2 e l'art. 15 si è pronunciata la Corte costituzionale nelle sentt. nn. 366/1991 e 81/1993. Come è stato detto “[i]l complesso delle libertà costituzionali forma, per così dire, quasi un tessuto, e nel contesto delle singole disposizioni vi sono delle categorie, delle sottospecie, dei rapporti, e delle linee di "derivazione" del principio fondamentale dell'art. 2 della Costituzione”¹⁹ .

¹⁸ F. COSENTINO-V. FALZONE-F. PALERMO (a cura di), *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavoratori preparatori*, Mondadori, Milano, 1980, pp. 69 e ss.

¹⁹ Corte cost., 23 luglio 1991, sent. n. 366; Corte cost., 11 marzo 1993, sent. n. 8, (V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1963, p.41)

2.2 Elementi strutturali

L'art. 15 Cost., esso tutela due situazioni distinte, ma complementari: la prima consiste nel “(...) diritto di poter comunicare e corrispondere con altri soggetti, senza che sia portata alcuna interruzione o sospensione al corso 'normale' di una corrispondenza”. La seconda coincide invece con la pretesa che soggetti diversi dai destinatari determinati (individuati dal mittente), “(...) non prendano illegittimamente conoscenza del contenuto di una corrispondenza o di una comunicazione”²⁰.

La segretezza, tuttavia, è aspetto specifico della più ampia libertà di comunicare liberamente con soggetti predeterminati. In prima approssimazione, affinché si possa parlare di libertà di comunicazione ex art. 15 Cost., è necessario che l'idea o la notizia siano formulate “(...) da un soggetto (mittente) al fine di farla pervenire nella sfera di conoscenza di uno o più soggetti determinati (destinatari)”²¹.

Il primo elemento costitutivo della libertà comunicativa è un elemento obiettivo che consiste nella determinatezza dei destinatari, carattere di per sé sufficiente a identificare un rapporto comunicativo come libertà di comunicazione, ancorché non segreta. Il secondo elemento caratterizzante il rapporto è dato invece dal contributo psicologico, dall'*animus* del mittente di esprimere un pensiero nei confronti di un soggetto determinato escludendo terzi dalla conoscenza dei contenuti della comunicazione (elemento subiettivo). Così, ad esempio, “non costituirà corrispondenza o comunicazione un qualsiasi scritto, anche se redatto in forma epistolare, destinato a rimanere come appunto, nota, diario personale: esso diverrà corrispondenza soltanto quando il soggetto che lo ha redatto maturi l'intenzione di farlo pervenire ad un altro soggetto”²².

Tale *intentio* si presumerà cessata al termine del rapporto comunicativo, quando cioè il destinatario abbia preso conoscenza del contenuto del messaggio; venuta meno l'attualità della comunicazione, che rappresenta il terzo elemento costitutivo della

²⁰ V. ITALIA, ult. cit., pp. 63 e 91

²¹ P. BARILE-E. CHELI, *cit.*, p.744

²² P. BARILE-E. CHELI, ult. cit., p.745

libertà comunicativa, il contenitore del messaggio e il contenuto saranno espressione di diritti fondamentali tutelati da altre norme costituzionali.

Determinatezza dei destinatari, *animus* ed attualità devono essere valutati in relazione alla forma espressiva del messaggio. Affinché il rapporto comunicativo sia tutelato dall'art. 15 Cost. non solo quanto alla situazione giuridica della libertà (pretesa che il momento dinamico della comunicazione non venga impedita o ostacolata), ma anche quanto alla segretezza (pretesa che, nell'attuazione del momento dinamico, il messaggio rimanga escluso dalla conoscibilità di terzi), il mittente dovrà servirsi di una forma espressiva e di un mezzo che siano convenzionalmente riconoscibili come segreti.²³

Alcune voci in letteratura parlano, invece, di "*generale riconoscibilità*" della forma espressiva.²⁴ Non è ben chiaro in cosa consista questo criterio. Premessa maggiore del ragionamento di tale dottrina è che l'art. 15 Cost. protegga "la proiezione spirituale" della persona. La tutela predisposta dalla norma costituzionale può dirsi applicabile, quindi, alle sole forme di espressione spirituali, risultando escluse le comunicazioni non di pensieri (ad es. la corrispondenza non epistolare come i pacchi postali).

Suscettibile di tutela sarebbe invece una busta dunque contenente la comunicazione di un pensiero.

In base alle stesse premesse, la tutela della libertà e della segretezza della corrispondenza ben potrebbe essere riferita ad una busta chiusa quand'anche essa contenga, invece di una lettera, una fotografia od un ritaglio di giornale: e ciò appunto perché, secondo i criteri di generale riconoscibilità, la busta sigillata è ritenuta corrispondenza 'epistolare' in quanto si 'presume' che il suo contenuto consista in comunicazione. Ma se così è, la 'generale riconoscibilità' altro non è che formula

²³ C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, Forum di quaderni Costituzionali, p.6

²⁴ A. PACE, *Contenuto e oggetto della libertà di comunicazione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, voce articolo 13, Rapporti Civili*, Zanichelli, Bologna, 1977, pp.82-83 e da ultimo E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Diritto e società*, 2008, ed in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, p.235

ricognitiva dell'opzione normativa effettuata (neanche dal legislatore ma) dall'esecutivo attraverso la disposizione regolamentare.

Si contravviene così all'art. 15 Cost. che, nel dichiarare *“inviolabile ogni altra forma di comunicazione”* diversa dalla corrispondenza, ha inteso dare la massima tutela agli individui che ritengano, in base ad aspettative obiettivamente ragionevoli di comunicare segretamente.

Si deve quindi dubitare della legittimità del combinato disposto degli artt. 24 e 181 del reg. post. 655/1982 che, nell'escludere i pacchi dalla nozione di corrispondenza, consente agli impiegati degli uffici postali di destinazione, su richiesta dei funzionari e agli agenti finanziari, di aprirli per accertamenti contravvenzionali. In effetti *“(…) non si vede infatti perché un pacco (che può essere un regalo accompagnato da un augurio, così come può contenere un esplosivo che manifesterà un ben determinato pensiero, accompagnato dall'azione!) o un plico contenente documenti debbano essere considerati sottratti alla garanzia costituzionale”*²⁵.

Il secondo comma dell'art. 15 Cost. afferma che la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni possa avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge. L'affermazione dell'inviolabilità di esse risulta strettamente connessa con il sistema di garanzie successivamente disposto, tanto da non poter ritenere che la clausola dell'inviolabilità assuma un significato meramente retorico.

Dell'attributo *“inviolabile”* si sono date diverse interpretazioni: vi è chi attribuisce a tale espressione un significato giuridicamente irrilevante e chi invece ritiene che il termine conferisca uno status di irriducibilità a tutti i diritti previsti in Costituzione. La seconda tesi è stata fatta propria anche dalla Corte Costituzionale, proprio in riferimento alla libertà di segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione: nella sentenza n. 366/1991 la Corte ha infatti affermato che *“il diritto ad una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto*

²⁵ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p.165

*incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente*²⁶.

La formulazione dell'articolo (non solo di questo: si pensi anche agli artt. 13 e 14), nel richiedere l'intervento ex ante della legge ed ex post dell'autorità giudiziaria fornisce alla libertà lo schema tipico del diritto soggettivo garantendone il livello minimo di tutela. In tal modo, il I comma dell'art. 15 Cost., nel sancire l'inviolabilità della libertà e della segretezza delle comunicazioni, definisce il regime generale della tutela costituzionale; il II comma invece stabilisce le condizioni di limitazione nei rapporti tra l'individuo e i pubblici poteri.

2.3 Riserva di legge e riserva di giurisdizione

La Costituzione richiede, affinché lo Stato possa legittimamente limitare il diritto individuale, l'intervento della legge (“con le garanzie previste dalla legge”, c.d. riserva di legge) e successivamente il provvedimento dell'autorità giudiziaria (c.d. riserva di giurisdizione), senza riconoscere poteri preventivi all'autorità di pubblica sicurezza.

Quanto al primo aspetto, si ritiene che la riserva di legge di cui all'art. 15 sia una riserva assoluta, che esclude l'intervento di fonti secondarie ed impone al legislatore di disciplinare dettagliatamente la materia, salvo comunque l'intervento dei regolamenti di stretta esecuzione. I “casi e modi” dell'art. 13 e “le altre garanzie” di cui all'art. 15 non possono essere considerati in termini antitetici, ma devono essere considerati sistematicamente: la legge, una volta stabiliti i casi di restrizione legittima della libertà personale e solo all'occorrenza di tali casi, dovrà stabilire le garanzie ulteriori richieste dall'art. 15 Cost.

Questa sembra essere l'impostazione seguita nel nostro codice di procedura penale all'art. 266, relativamente alla possibilità di disporre intercettazioni telefoniche solo in casi di procedimenti attinenti a determinati tipi di reato. Sul significato del termine (“garanzie”) non vi è tuttavia unanimità in dottrina: *“la legge (...) non deve stabilire*

²⁶ Corte Cost. 11 luglio 1991, sent. n. 366

*'quando' ma 'come' può avvenire la limitazione; il quando lo stabilisce il giudice ed egli soltanto, poiché la stessa norma sovraordinata, non avendo essa previsto limiti sostanziali (...) demanda esclusivamente all'organo giurisdizionale di giudicare in ordine alla necessità di un suo atto limitativo: (...) l'atto del giudice non può che essere emanato per motivi di giustizia'*²⁷.

La Costituzione richiede poi l'intervento con atto motivato dell'autorità giudiziaria. La garanzia è dunque duplice: da un lato la disposizione costituzionale riserva all'autorità giudiziaria la concreta limitazione della libertà e della segretezza, escludendo l'intervento di organi e poteri diversi, dall'altro richiede che il provvedimento sia motivato per assicurare il controllo giurisdizionale nei gradi successivi di giudizio.

L'art. 15 Cost., infine, insieme agli artt. 13 e 14, concorre a determinare il nucleo caratterizzante di quei diritti inviolabili dell'uomo solennemente riconosciuti dalla Costituzione (art. 2 Cost.).

In tal senso, si ritiene che la titolarità del diritto di comunicare riservatamente spetti a tutti gli individui, siano essi cittadini o stranieri, nonostante l'assenza di un'esplicita statuizione nella disposizione costituzionale.

3. La tutela del diritto alla riservatezza secondo il Diritto costituzionale italiano

3.1 Generalità

Un tema sinora non affrontato ruota attorno al rilievo costituzionale che assume il differente profilo del diritto alla riservatezza nelle comunicazioni, che viene definito come la pretesa del singolo alla non divulgazione a terzi di notizie segrete.²⁸

²⁷ P. GIOCOLO NACCI, *Libertà di corrispondenza*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XII, Libertà costituzionali e limiti amministrativi, CEDAM, Padova, 1990, p.122

²⁸ In argomento cfr. P. MOSCARINI, *Tutela della privacy e intercettazioni telefoniche. Note conclusive di un seminario*, in *Giust. pen.*, 2011, III, p. 238 ss

Nel silenzio della Costituzione, a differenza di altre costituzioni e carte internazionali dei diritti in cui è espressamente previsto un diritto alla riservatezza, viene effettuato un rinvio “interpretativo” agli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost., dunque l’assenza di un radicamento costituzionale rende difficile definire l’oggetto protetto (vita privata, privacy, riservatezza intimità, vita privata e familiare, protezione dei dati personali).

Come già accennato, il diritto alla riservatezza è dunque, strettamente connesso al diritto alla libertà personale, domiciliare ed al diritto alla segretezza delle comunicazioni.

Ultimamente, si parla spesso di diritto alla riservatezza, ma per comprendere effettivamente la sua importanza si deve pensare alle azioni che, quotidianamente, compiamo sui social network attraverso la condivisione di notizie e foto. Apple, dopo gli ultimi aggiornamenti del sistema iOS, ha introdotto una apposita icona denominata “Privacy”, che consente all’utente di essere avvertito ogniqualvolta si condividono informazioni personali con Apple.

I nostri dati viaggiano da una parte all’altra del mondo, vengono salvati su server immensi con capacità di memoria quasi infinita, possono essere utilizzati per pubblicità mirate, per conoscere i gusti e le abitudini di chi ha lasciato i propri dati. A tal proposito, esiste, o perlomeno dovrebbe esistere, un diritto, quello che la giurisprudenza e la dottrina prima e il diritto poi hanno riconosciuto come il diritto alla riservatezza.

Negli ultimi anni, si è visto come la parola “riservatezza” venga sempre più utilizzata e in particolar modo oggi la protezione dei dati personali è fondamentale per chi utilizza il web e i servizi ad esso connessi.

La riservatezza si è elevata a diritto meritevole di tutela quando la società ha iniziato a sentire la necessità di proteggere la vita privata e familiare. Come si è già detto, nel nostro ordinamento è venuto ad affermarsi solo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso; prosegue poi durante gli anni Ottanta fino a poco più di un decennio fa quando fu approvata la Legge 31 dicembre 1996 n. 675 confluita poi nel Codice Privacy a sua volta modificato dal Decreto Legislativo n. 101/2018.

È stata la Corte di Cassazione a fornire un contributo notevole in materia di diritto alla riservatezza: nel caso “Soraya” la Suprema Corte è giunta alla definizione del diritto alla riservatezza affermando che la riservatezza protegge “*certe manifestazioni della vita di relazione, a tutte quelle vicende, cioè il cui carattere intimo è dato dal fatto che si svolgono in un domicilio ideale*”²⁹.

Nel 1998 la Suprema Corte è stata chiamata a decidere un nuovo caso sempre in materia di diritto alla riservatezza affermando l’esistenza di “*un vero e proprio diritto alla riservatezza anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria*”³⁰.

3.2 Analisi sistematica

Analizzando il diritto alla riservatezza, è necessario quindi fare riferimento non solo all’art. 15, ma anche all’art. 21 Cost. che tutela la libertà di pensiero e di parola.

A tal proposito l’Unione Europea ha ritenuto necessario dover intervenire per regolamentare questi nuovi aspetti e frontiere del diritto attraverso l’introduzione di numerose direttive comunitarie. Il diritto alla riservatezza deve garantire la libertà, ma anche la dignità della persona; tuttavia, deve essere inteso come una limitazione del “potere informatico” che insieme ai suoi mezzi e strumenti deve essere assoggettato ad una forma di controllo.³¹

Prendendo in considerazione l’articolo 21 Cost. che tutela la libertà di parola e di stampa, si può affermare che i padri costituenti hanno introdotto una disciplina più articolata e anche in questo caso ritorna, con alcune similitudini con l’articolo 15 Cost., la locuzione “*ogni altro mezzo diffusione*”. L’inserimento di questo precetto

²⁹ Cass., Sez.I civile, 27 maggio 1975, sent. n. 2129, (*Il Foro Italiano*, Vol. 99, parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile, Società Editrice Il Foro Italiano ARL, 1976, pp. 2895 / 2896-2907 / 2908)

³⁰ Cass., Sez. III civile, 8 giugno 1998, sent n. 5658, (*Il Foro Italiano*, Vol. 121, n. 9, Società Editrice Il Foro Italiano ARL, 1998, pp. 2387 / 2388-2393 / 2394)

³¹M. IASELLI, *I principi informatori del Codice Privacy tra teoria e pratica*, eBook, 2016, p.3

costituzionale ha rappresentato il cambio di rotta rispetto al passato Ventennio in cui giornali e radio erano controllati dal regime e dalla propaganda fascista.

L'avvento di Internet e del web hanno rivoluzionato la società e il modo di rapportarsi tra esseri umani. Tuttavia, i risultati e gli effetti dell'uso delle nuove tecnologie necessitano di una regolamentazione. Spetta, quindi, al legislatore introdurre norme in materia. Come detto in precedenza, l'Italia, in ritardo rispetto al resto d'Europa, si è avviata lungo il percorso che ha portato all'introduzione delle leggi sulla regolamentazione del diritto alla riservatezza e sulla protezione dei dati personali sulla scorta del percorso intrapreso dall'Unione Europea.

Fondamentale il contributo della giurisprudenza costituzionale nel ricondurre all'art. 2 Cost. sia il diritto all'identità personale, intesa come il diritto ad essere se stesso *“con le acquisizioni di idee...con le convinzioni...”*, *“di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata”*, sent. n. 13 del 1994, che l'integrità della sfera personale e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata”, sent. n. 332 del 2000 (sfera sottratta all'intrusione di soggetti terzi pubblici o privato)³².

Con la sent. 38 del 1973³³ viene ad affermarsi come diritto inviolabile dell'uomo e già nel 1975 come limite per la libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa³⁴. Ciò rese necessaria tutela nelle “compressioni” della libertà di comunicazione³⁵.

Gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, la legge n. 675 del 1996 ed i successivi interventi apportati dal Codice Privacy del 2003 e dal GDPR, hanno dimostrato quanto sia necessaria una corretta regolamentazione del diritto alla riservatezza. Sempre più spesso, infatti, si finisce per perdere (consapevolmente o meno) o rinunciare al controllo del proprio “Io digitale”, ignorando l'importanza e il ruolo che i dati personali hanno assunto nella società dell'informazione e, in particolare, nel *World Wide Web* dove al giorno di oggi vengono conservati un numero elevatissimo di dati personali.

³² Corte Cost., 12 luglio 2000, sent. n.332

³³ Corte Cost., 5 aprile 1973, sent. n.38

³⁴ Corte Cost., 7 maggio 1975, sent. n.120

³⁵ Corte Cost., 26 febbraio 1993, sent. n.81

Ormai è dato pacifico e incontrastato che il diritto alla riservatezza esiste, ed è saldamente ancorato alla nostra Costituzione. Meno chiaro è quali siano i mezzi di tutela, e quindi quale sia il contenuto del diritto stesso.

I tentativi di definirne il contenuto sono avvenuti quando esso si è scontrato con altri diritti costituzionalmente garantiti e la giurisprudenza ha avuto ed ha tuttora un ruolo fondamentale nella genesi e disciplina della riservatezza. Da tale esperienza giuridica si può affermare che in qualche modo l'apparato giurisdizionale si sia sostituito a quello legislativo, costituendosi fonte creatrice del diritto. Essendo tuttavia il nostro un sistema di *civil law*, occorre specificare meglio tale affermazione, la quale, in effetti, potrebbe suscitare perplessità. Si può sostenere dunque che il diritto alla tutela del riserbo non è stato creato, ma semplicemente *scoperto*.

Dagli anni Cinquanta ad oggi, c'è stata una evoluzione nel modo di pensare e concepire il diritto. Le decisioni degli anni '50-'60 sono frutto di una visione molto rigida dell'ordinamento giuridico, in base alla quale tutto ciò che non è codificato, o comunque disciplinato dall'organo istituzionalmente preposto a creare le leggi, non solo non è tutelabile, ma addirittura non esiste. Quest'ultimo è il motivo per cui la Cassazione ha stentato a mettere a fuoco il diritto alla riservatezza: essa, ancorata ad una tale concezione, non riusciva a trovare norme in diritto positivo che giustificassero l'esistenza di un preteso nuovo diritto (non nel Codice civile, non nelle leggi collegate). Dagli anni Settanta (e forse anche prima) è in atto un lento processo evolutivo (che continua ancora oggi), che sta cambiando il modo di approccio al sistema giuridico: ci si è accorti, in sostanza, che non è possibile pensare ad un sistema di leggi che sia in grado di coprire ogni aspetto del vivere umano, e di adattarsi alle trasformazioni della società. D'altro canto, è anche cosa troppo lontana dalla realtà pretendere che i giudici siano dei meri applicatori di leggi perfette, e privi di funzione creativa.

3.3 Problematiche circa l'applicabilità delle garanzie costituzionali

Sostanzialmente sono due i casi in cui è emerso il problema circa l'applicabilità delle garanzie costituzionali anche all'ipotesi di lesione della riservatezza.

Il primo di essi riguarda l'acquisizione dei c.d. dati esterni di una comunicazione (nominativi delle utenze intercettate, ora, giorno e durata della comunicazione); tale condotta, spesso posta in essere dalla autorità inquirenti nel corso di un procedimento penale, non può non incidere sulla riservatezza delle comunicazioni medesime, giacché consiste in una presa di conoscenza di informazioni – cioè i c.d. tabulati telefonici, informatici o telematici – cronologicamente susseguente al verificarsi della comunicazione, che era invece intercorsa fra gli interlocutori nel pieno rispetto della loro segretezza.

Sollecitata a pronunciarsi sull'argomento, la Corte costituzionale, consapevole che un'esegesi strettamente letterale dell'art. 15 Cost. avrebbe determinato la conclusione che la riservatezza nelle comunicazioni sia qualcosa di diverso tanto dalla libertà quanto dalla loro segretezza, è allora giunta ad affermare che *“la stretta attinenza della libertà e della segretezza nelle comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo”*³⁶.

La Corte, evocando quel principio personalistico che connota il disegno costituzionale, ha inglobato anche il diritto alla riservatezza delle comunicazioni nell'orbita della disposizione normativa in esame. Sulla scorta di tali premesse, risulta agevole affrontare e risolvere l'altra (la seconda) problematica legata ai rapporti fra art. 15 Cost. e diritto alla riservatezza. Nella specie, sviluppando le argomentazioni della pronuncia della Corte costituzionale appena citata, è possibile affermare che il rispetto delle garanzie dell'art. 15 Cost. sia imposto anche quando occorre acquisire i “dati

³⁶ Così, Corte Cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 740, con commento di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, il quale sottolinea l'influenza esercitata dal giudice redattore, che è riuscito «a far recepire alla Corte una tesi dottrinale da lui sostenuta molti anni fa con riferimento alla tutela della privacy nell'esperienza giuridica statunitense»: A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974, p. 420 ss.

interni” di una comunicazione (cioè il suo contenuto vero e proprio), ancorché tale atto acquisitivo sia stato disposto in un momento successivo allo storico verificarsi della comunicazione stessa. Anche in questo caso, infatti, analogamente all’ipotesi di apprensione dei “dati esterni”, si verificherà solo una lesione della riservatezza, ma sarà comunque doveroso, in virtù dell’interpretazione estensiva fornita dalla decisione della Corte, il rispetto dei principi costituzionali previsti a garanzia della segretezza delle comunicazioni.

Nondimeno, la concreta fattibilità di questa incisione sulla riservatezza degli interlocutori verrà a dipendere dalla circostanza che il contenuto della conversazione o comunicazione non rimanga un mero *flatus vocis*, ma sia stato invece tracciato dal sistema di comunicazione utilizzato. Pertanto, con riferimento al contenuto di una conversazione telefonica, al di fuori del caso in cui sia stata disposta una captazione del flusso comunicativo, incidente sulla segretezza dei colloquianti, non sarà possibile disporre un’acquisizione *ex post* del contenuto delle telefonate, posto che, fra gli obblighi ricadenti sui gestori telefonici vi è la conservazione dei tabulati telefonici, ma non anche la registrazione delle telefonate. All’opposto, quando si tratta di acquisire il contenuto di comunicazioni avvenute tramite l’uso di sistemi di messaggistica (come e-mail, SMS o MMS), ben si potrà disporre una successiva apprensione delle apparecchiature di telefonia mobile di inoltro e di ricezione delle comunicazioni che si intende carpire.³⁷

³⁷ L. CERCOLA, *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p.15

4. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

4.1 Introduzione all'art.8 CEDU

La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, nel testo coordinato con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 01 novembre 1998, al pari della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, al fine di garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti e delle libertà fondamentali che costituiscono le basi della giustizia, all'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) dispone che: *“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”*

Per invocare l'articolo 8 in esame, un ricorrente deve dimostrare che la sua doglianza concerne almeno uno dei quattro interessi tutelati dall'articolo, ovvero: la vita privata, la vita familiare, il domicilio e la corrispondenza. Alcune questioni, naturalmente, abbracciano più di un interesse. La Corte determina in primo luogo se la pretesa del ricorrente rientri nel campo di applicazione dell'articolo. Successivamente la Corte esamina se vi sia stata un'ingerenza in tale diritto, o se la causa riguardi gli obblighi positivi dello Stato di tutelare tale diritto.

Il paragrafo 2 dell'articolo 8 CEDU enuncia le condizioni richieste affinché uno Stato possa ingerirsi nel godimento del diritto protetto, ovvero se ciò è necessario alla

sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Sono consentite limitazioni qualora esse siano “previste dalla legge” o “conformi alla legge” e siano “*necessarie in una società democratica*” per la tutela di uno degli obiettivi perseguiti. Nella valutazione del criterio della necessità in una società democratica, la Corte deve spesso conciliare gli interessi del ricorrente tutelati dall'articolo 8 e gli interessi di terzi, tutelati da altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli.³⁸

4.2 *Campo di applicazione*

Per definire il campo di applicazione dell'art. 8 CEDU, occorre considerare che da un lato, la Corte ha definito in maniera ampia il suo perimetro, anche quando l'articolo in esame non enuncia espressamente uno specifico diritto. Dall'altro lato, il suo campo di applicazione non è da considerare illimitato.

A tal proposito la Corte, ha ritenuto che l'articolo 8 non si applicasse in una causa riguardante una condanna per abuso d'ufficio, in quanto il reato in questione non aveva alcuna palese incidenza sul diritto al rispetto della “vita privata” e concerneva, al contrario, atti e omissioni di carattere professionale commessi da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, e il ricorrente non aveva neanche indicato alcuna concreta ripercussione sulla sua vita privata, connessa in maniera diretta e causale alla sua condanna per tale specifico reato³⁹. Tuttavia, diverso fu l'esito di una causa concernente un investigatore di polizia condannato per grave violazione dei doveri d'ufficio, per aver sollecitato e accettato la dazione di somme di denaro in cambio dell'archiviazione di procedimenti penali, il quale, dopo aver espiato la pena, desiderava divenire praticante avvocato. La Corte ha concluso che le restrizioni della possibilità di iscriversi a determinati ordini professionali, che potevano incidere in una

³⁸ Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Guida all'articolo 8 della Convenzione – Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, 2018, p.7

³⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 3 aprile 2012, *Gillberg v. Svezia* [GC] § 70, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.7)

certa misura sulla capacità della persona di sviluppare relazioni con il mondo esterno, rientrano nella sfera della sua vita privata⁴⁰.

In realtà, nonostante l'articolo 8 sia di portata molto ampia, è finalizzato principalmente alla tutela dalle ingerenze arbitrarie nella vita privata e familiare, nel domicilio e nella corrispondenza.

4.3 Ingerenze nella vita privata

Ponendo l'attenzione, ai fini della trattazione in esame, sulle ingerenze nella vita privata e nella corrispondenza, risulta evidente che, come la Corte ha costantemente ritenuto, che il concetto di vita privata si estenda anche ad aspetti riguardanti l'identità personale, quali il nome, l'immagine fotografica, o l'integrità fisica e morale.

L'articolo 8 CEDU offre, dunque, una garanzia finalizzata in primo luogo ad assicurare lo sviluppo, senza ingerenze esterne, della personalità di ciascuna persona, soprattutto nei suoi rapporti con altri esseri umani. Sussiste pertanto, anche in un contesto pubblico, una zona di interazione della persona con gli altri, che può rientrare nel campo di applicazione della nozione di vita privata⁴¹.

Il concetto di "vita privata", così ampio e non suscettibile di definizione esaustiva, comprende anche l'integrità fisica e psicologica della persona e può dunque abbracciare molteplici aspetti della sua identità, quali l'identità di genere e l'orientamento sessuale, il nome, o elementi relativi al suo diritto all'immagine. Comprende, inoltre, le informazioni personali che le persone possono legittimamente aspettarsi che non siano pubblicate senza il loro consenso⁴².

⁴⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 giugno 2017, Jankauskas c. Lituania (n. 2) §§ 57-58, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.8)

⁴¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 febbraio 2012, Von Hannover c. Germania (n.2) § 95, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p. 29)

⁴² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 febbraio 2012, Axel Springer AG c. Germania (n.2) [GC] § 83, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p. 29)

4.4 Forme di ingerenza nel diritto al rispetto della corrispondenza

Ancora più pertinente alla tematica della captazione dei colloqui è ciò che riguarda il diritto al rispetto della “corrispondenza” di cui all’articolo 8 CEDU. Si può affermare che esso è finalizzato a tutelare la riservatezza delle comunicazioni in un’ampia gamma di situazioni differenti.

Tale concetto comprende ovviamente le missive di carattere privato o professionale⁴³, anche qualora il mittente o il destinatario sia un detenuto⁴⁴; comprende anche le conversazioni telefoniche tra familiari⁴⁵, o con altre persone⁴⁶, le telefonate effettuate da locali privati o professionali⁴⁷ e da un carcere⁴⁸, nonché “l’intercettazione” delle informazioni relative a tali conversazioni (data, durata, numeri composti)⁴⁹.

Anche le nuove tecnologie rientrano nel campo di applicazione dell’articolo 8, in particolare i messaggi di posta elettronica (e-mail)⁵⁰, l’utilizzo di internet⁵¹, i dati memorizzati nei server informatici⁵², nonché negli hard disk⁵³ e nei floppy disk⁵⁴.

⁴³ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 16 dicembre 1992, Niemietz c. Germania § 32, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁴⁴ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 25 marzo 1983, Silver e altri c. Regno Unito § 84; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 11 gennaio 2011, Mehmet Nuri Özen e altri c. Turchia § 41, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁴⁵ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 27 agosto 1991, Margareta e Roger Andersson c. Svezia § 72, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁴⁶ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 15 giugno 1992, Lüdi c. Svizzera §§ 38- 39; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania §§ 21 e 41; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁴⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera [GC] § 44; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 25 giugno 1997, Halford c. Regno Unito §§ 44-46, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁴⁸ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 22 maggio 2008, Petrov c. Bulgaria § 51, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁴⁹ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito § 42, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁵⁰ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 5 settembre 2017, Bărbulescu c. Romania [GC] § 72, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁵¹ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito §§ 41-42, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁵² Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 16 ottobre 2007, Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria § 45, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁵³ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 27 settembre 2005, Petri Sallinen e altri c. Finlandia § 71, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

⁵⁴ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 22 maggio 2008, Iliya Stefanov c. Bulgaria § 42, (Consiglio d’Europa/Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *cit.*, p.76)

Sono comprese, inoltre, anche forme più antiquate di comunicazione elettronica quali, ad esempio, i messaggi mediante il cercapersone⁵⁵, e le trasmissioni di radio private, a eccezione di quelle trasmesse su frequenze pubbliche e pertanto accessibili ad altri⁵⁶.

Come viene delineato dalla Corte, il contenuto e la forma della corrispondenza sono irrilevanti per la questione dell'ingerenza. Qualsiasi forma di censura, intercettazione, controllo, sequestro e altro intralcio rientra nel campo di applicazione dell'articolo 8. Perfino impedire a qualcuno di iniziare una corrispondenza costituisce una notevole forma di "ingerenza" nell'esercizio del "diritto al rispetto della corrispondenza"⁵⁷.

Altre forme di ingerenza nel diritto al rispetto della corrispondenza possono comprendere i seguenti atti attribuibili alle autorità pubbliche: il controllo della corrispondenza⁵⁸, la realizzazione di copie⁵⁹ o la cancellazione di determinati passi⁶⁰; l'intercettazione con vari mezzi e la registrazione di conversazioni personali o professionali⁶¹, per esempio mediante l'intercettazione telefonica⁶², anche qualora sia svolta sull'utenza di terzi⁶³; la conservazione di dati intercettati relativi all'utilizzo dell'utenza telefonica, della posta elettronica e di internet⁶⁴.

Il semplice fatto che tali dati possano essere ottenuti legittimamente, per esempio, dalle bollette telefoniche, non impedisce di constatare che vi è stata una "ingerenza"; è analogamente irrilevante il fatto che le informazioni non siano state rivelate a terzi o

⁵⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 22 ottobre 2002, Taylor-Sabori c. Regno Unito, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁵⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 febbraio 1995, B.C. c. Svizzera, decisione della Commissione, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁵⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito § 43, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 marzo 1992, Campbell c. Regno Unito § 33, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁵⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 20 giugno 2000, Foxley c. Regno Unito § 30, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁶⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 febbraio 1992, Pfeifer e Plankl c. Austria § 43, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁶¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera [GC] § 45 (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁶² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito § 64, e, in ordine all'ottenimento di dati telefonici, §§ 83-84 (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁶³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 24 agosto 1998, Lambert c. Francia § 21 (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.76)

⁶⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito § 44 (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

utilizzate in un procedimento disciplinare o di altro genere nei confronti dell'interessato.

Ciò può inoltre riguardare: l'inoltro di posta a terzi⁶⁵; la realizzazione di copie di file elettronici, compresi quelli appartenenti a società⁶⁶; la realizzazione di copie di documenti contenenti dati bancari e la loro successiva memorizzazione da parte delle autorità⁶⁷; e le misure di sorveglianza segreta⁶⁸.

Per dovere di completezza, viene affermato dalla Corte che il “cruciale contributo” delle autorità a una registrazione effettuata da un privato costituisce, allo stesso modo, un'ingerenza da parte di una “autorità pubblica”⁶⁹.

La Corte ha sinora individuato diversi obblighi positivi che incombono sugli Stati in relazione al diritto al rispetto della corrispondenza, quali per esempio: l'obbligo positivo dello Stato in materia di comunicazioni di carattere non professionale nel luogo di lavoro⁷⁰; l'obbligo di impedire che le conversazioni private siano rese di dominio pubblico⁷¹; l'obbligo di fornire ai detenuti il materiale necessario per corrispondere con la Corte di Strasburgo⁷²; l'obbligo di eseguire una sentenza della Corte costituzionale che disponeva la distruzione di audiocassette contenenti registrazioni di conversazioni telefoniche tra un difensore e il suo assistito⁷³; l'obbligo di conciliare il diritto al rispetto della corrispondenza e il diritto alla libertà di

⁶⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 luglio 2003, Luordo c. Italia §§ 72 e 75, relativa ad un curatore fallimentare; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 24 settembre 1992, Herczegfalvy c. Austria §§ 87-88 relativa al tutore di un detenuto affetto da patologia psichiatrica, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁶⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 marzo 2013, Bernh Larsen Holding AS e altri c. Norvegia § 106, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁶⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 marzo 2013, 7 luglio 2015, M.N. e altri c. San Marino § 52, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁶⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 maggio 2010, Kennedy c. Regno Unito §§ 122-124, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁶⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 aprile 2003, M.M. c. Paesi Bassi § 39, relativa alla registrazione effettuata da un privato previa autorizzazione del pubblico ministero, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁷⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 5 settembre 2017, Bărbulescu c. Romania [GC] §§ 113 e 115-120, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁷¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 luglio 2003, Craxi c. Italia (n. 2) §§ 68-76, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁷² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 3 giugno 2003, Cotlet c. Romania §§ 60-65; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Gagu c. Romania, 24 febbraio 2009 §§ 91-92, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁷³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 aprile 2006, Chadimová c. Repubblica ceca § 146, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

espressione⁷⁴ e l'obbligo di prevedere una procedura effettiva e accessibile che consenta ai dipendenti pubblici di accedere a qualsiasi importante informazione che li riguarda, anche in caso di secretazione del fascicolo⁷⁵.

4.5 Condizioni per l'ingerenza

Dopo aver elencato le singole le specifiche ipotesi in cui può verificarsi un'ingerenza, è necessario precisare che quest'ultima può essere giustificata soltanto se sono soddisfatte le condizioni esposte nel secondo paragrafo dell'articolo 8. Pertanto, affinché non violi l'articolo 8, l'ingerenza deve essere “prevista dalla legge”, perseguire uno o più “fini legittimi” ed essere “necessaria in una società democratica” al fine di conseguirli.

La nozione di “legge” di cui all'articolo 8 § 2 comprende sia i Paesi di *common law* che i Paesi di diritto “continentale”⁷⁶.

Qualora la Corte ritenga che un'ingerenza non sia “prevista dalla legge”, essa generalmente si astiene dal verificare l'osservanza degli altri requisiti di dell'articolo 8 § 2.⁷⁷

Come afferma la Corte, i requisiti dell'articolo 8 § 2 devono naturalmente essere soddisfatti in un contesto penale⁷⁸. In particolare, riferendoci alle ingerenze nelle comunicazioni da parte di una pubblica autorità, la sorveglianza delle telecomunicazioni stesse deve essere diretta a scoprire la verità, altrimenti non

⁷⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 giugno 2009, Benediktsdóttir c. Islanda (dec.), (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁷⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 dicembre 2017, Yonchev c. Bulgaria §§ 49-53, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.77)

⁷⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia § 29, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.78)

⁷⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2) § 83; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, [GC] § 144, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.78)

⁷⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia § 26, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.88)

potrebbe giustificarsi la compressione di un diritto quale il rispetto della corrispondenza.

Viene inoltre richiesto, a tal proposito, agli Stati il requisito della sufficiente chiarezza delle norme ed esso concerne sia le circostanze che le condizioni nelle quali è autorizzata e svolta la sorveglianza. Le norme devono essere chiare e particolareggiate (la tecnologia utilizzabile diventa sempre più sofisticata), nonché accessibili e prevedibili, in modo che chiunque sia in grado di prevedere le conseguenze dei suoi atti⁷⁹.

La legge, poiché l'attuazione delle misure di sorveglianza segreta delle comunicazioni non è soggetta al controllo delle persone interessate o del pubblico in generale, violerebbe lo stato di diritto se non prevedesse limiti alla discrezionalità giuridica concessa all'esecutivo o a un magistrato. Conseguentemente, per fornire alla persona una protezione adeguata rispetto ad ingerenze arbitrarie, la legge deve indicare in modo sufficientemente chiaro la portata di tale discrezionalità e le modalità del suo esercizio⁸⁰.

Qualora sussista un rischio di arbitrarietà nell'applicazione della legge, essa non è compatibile con il requisito di legalità⁸¹. In un campo delicato come quello del ricorso alla sorveglianza segreta, l'autorità competente deve indicare i motivi imperativi che, nel rispetto degli strumenti giuridici applicabili, giustificano una misura così invasiva⁸².

La persona sottoposta a intercettazione telefonica deve avere accesso a un "riesame effettivo" per poter impugnare le misure in questione⁸³. Negare all'interessato la facoltà di contestare l'intercettazione delle proprie conversazioni telefoniche, in

⁷⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c. Spagna §§ 59 e 61, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.88)

⁸⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia [GC] § 230, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.88)

⁸¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia [GC] §§ 78-79, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.88)

⁸² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 gennaio 2015, Dragojević c. Croazia §§ 94-98, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.88)

⁸³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 29 gennaio 2006, Marchiani c. Francia (dec.), (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

quanto l'utenza telefonica intercettata era intestata a una terza persona, viola la Convenzione⁸⁴.

La Corte ha ritenuto che le legittime misure adottate dalla polizia per ottenere i numeri composti dall'utenza telefonica sita in un appartamento fossero necessarie nel contesto di un'indagine su un sospetto di reato⁸⁵. È pervenuta a una conclusione analoga in un caso in cui le intercettazioni telefoniche costituivano una delle principali misure investigative per accertare la partecipazione di persone a un'operazione di traffico di stupefacenti di notevole dimensione, e la misura era stata oggetto di un "effettivo riesame"⁸⁶.

In generale, la Corte riconosce il ruolo delle intercettazioni telefoniche in un contesto penale qualora esse siano previste dalla legge e siano necessarie in una società democratica, *inter alia*, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine, o alla prevenzione dei reati.

Tali misure aiutano la Polizia e i tribunali nel loro compito di prevenzione e repressione dei reati.

Con l'ingresso nella società delle nuove tecnologie di captazione dei colloqui, è dunque maggiormente agevolata, non solo la libertà la comunicazione dei singoli, ma anche l'ingerenza delle pubbliche autorità nelle conversazioni e, più in generale, nella sfera della vita privata dei cittadini.

Lo Stato, tuttavia, deve organizzare l'attuazione pratica delle stesse in modo da impedire qualsiasi abuso o arbitrarietà⁸⁷.

Nel contesto di un procedimento penale, le intercettazioni telefoniche disposte da un magistrato, eseguite sotto la sua vigilanza, accompagnate da garanzie adeguate e

⁸⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 24 agosto 1998, Lambert c. Francia §§ 38-41, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁸⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito §§ 42-51, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁸⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 settembre 2006, Coban c. Spagna (dec.), (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁸⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 aprile 2007, Dumitru Popescu c. Romania (n. 2), (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

sufficienti contro gli abusi e soggette al successivo riesame di un tribunale, sono state ritenute proporzionate al legittimo fine perseguito⁸⁸.

La Corte ha inoltre ritenuto che non vi fosse stata violazione dell'articolo 8 qualora nulla indicasse che l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni giuridiche invocate dalle autorità interne fossero state talmente arbitrarie o manifestamente irragionevoli da rendere illegittime le intercettazioni telefoniche⁸⁹.

Lo Stato, inoltre, deve assicurare l'effettiva tutela dei dati ottenuti in tal modo e del diritto delle persone le cui conversazioni puramente private sono state intercettate dalle forze dell'ordine⁹⁰.

Nella causa *Drakšas c. Lituania*⁹¹ la Corte ha constatato la violazione a causa della fuga di notizie sui media e della trasmissione di una conversazione privata registrata, con l'approvazione delle autorità, in ordine a un'utenza telefonica appartenente a un esponente politico indagato dalle autorità inquirenti. Per contro, la legittima pubblicazione, nel contesto di un procedimento costituzionale, di registrazioni di conversazioni di carattere non privato, bensì professionale e politico, non è stata ritenuta violazione dell'articolo 8.⁹²

4.6 Confine tra la lesione della riservatezza e lesione del diritto alla segretezza delle comunicazioni

Doveroso è infine tracciare una linea di confine tra la lesione della riservatezza e quella del diritto alla segretezza delle comunicazioni, poiché la prima non avviene nel

⁸⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 novembre 2004, *Aalmoes e altri c. Paesi Bassi* (dec.); Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 25 settembre 2006, *Coban c. Spagna* (dec.), (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁸⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 febbraio 2017, *İrfan Güzel c. Turchia* § 88, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁹⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia* (n. 2) §§ 75 e 83, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁹¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 31 luglio 2012, *Drakšas c. Lituania* § 60, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

⁹² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 31 luglio 2012, *Drakšas c. Lituania* § 61, (Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *cit.*, p.89)

momento stesso in cui ha luogo la comunicazione, che rimane invece segreta e sottratta alla conoscenza dei terzi; piuttosto, l'orientamento dottrinale decisamente prevalente è nel senso di ritenere che l'attentato al rispetto della vita privata si realizza in un momento successivo, cioè quando il destinatario della comunicazione riveli illecitamente a terzi il contenuto di un'informazione segreta, oltrepassando i limiti posti da chi ha rivelato quella notizia.⁹³

Pertanto, seguendo questa ricostruzione, la lesione di un interesse esclude che possa prodursi contestualmente una lesione anche dell'altro; invero, la violazione della riservatezza mediante la divulgazione a terzi di notizie segrete, presuppone la segretezza della comunicazioni fra mittente e destinatario, e richiede che sia quest'ultimo a diffondere illecitamente informazioni che il mittente intendeva mantenere segrete, così rompendo quel vincolo di fiducia posto alla base del rapporto comunicativo intercorso fra i due soggetti; viceversa, se si è verificata una lesione della segretezza nelle comunicazioni, dovuta ad un'illecita interferenza dell'*extraneus*, risulta irrilevante una successiva divulgazione a terzi della notizia illecitamente captata, giacché l'offesa alla vita privata dell'individuo è già avvenuta nell'atto stesso della captazione occulta della comunicazione.

Si ritiene dunque decisamente più convincente l'opinione, sostenuta da autorevole dottrina, secondo cui non avrebbe senso costruire le categorie dommatiche della segretezza e della riservatezza informativa alla stregua di un rapporto di una reciproca esclusione nel caso in cui si verifichi una lesione di uno dei due interessi. Con ciò si vuole sostenere l'idea che possa esserci un attentato alla riservatezza nelle comunicazioni, nonostante un pregresso attentato alla loro segretezza; di talché, l'*extraneus* che abbia occultamente captato una comunicazione che voleva essere segreta, oltre ad avere determinato una lesione della segretezza, potrà cagionare altresì una lesione della riservatezza qualora ne divulghi il contenuto ad ulteriori soggetti⁹⁴.

⁹³ G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 3

⁹⁴ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 12

CAPITOLO II

IL CONCETTO GIURIDICO DI INTERCETTAZIONE E LE ALTRE FIGURE AFFINI

1. La disciplina delle intercettazioni. Una visione di insieme

Il Capo IV- *Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, artt.266-271, Titolo III - *Mezzi di ricerca della prova* – del Libro Terzo - *Prove*- del c.p.p. disciplina le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni, il cui risalto e la cui delicatezza sono testimoniati dalla protezione offerta dall'art.15 Cost. di cui si è ampiamente trattato.

Sono note le polemiche che spesso hanno accompagnato l'impiego di tale strumento di indagine (a causa della troppo facile divulgazione sui *media* del contenuto delle comunicazioni intercettate): per questo motivo il testo originario del codice è stato oggetto, negli anni, di diverse proposte di modifica, solo di recente sfociate nel d. lgs. n. 216 del 2017 emanato a seguito della legge delega 23 giugno 2017, n.103.⁹⁵

In particolare, le nuove norme hanno come obiettivo proprio la tutela della riservatezza dei soggetti intercettati, che va riconosciuta non solo ai terzi occasionalmente coinvolti, ma anche alle persone sottoposte alle indagini, almeno per quanto riguarda le notizie non rilevanti per il procedimento.

Nel dettato normativo non è rinvenibile una definizione espressa di intercettazione. La lacuna normativa è stata colmata da numerose pronunce giurisprudenziali e da attenti studi dottrinali, grazie ai quali è stato possibile definire l'intercettazione come “quell'operazione di occulta presa di conoscenza del contenuto di una conversazione tra presenti o di una conversazione *inter absentes*, anche informatica o telematica”.⁹⁶

⁹⁵G. ILLUMINATI-V. GREVI, *Prove*, in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, p.366

⁹⁶C.R. BLEFARI, *Intercettazioni nei confronti di soggetti non indagati*, Diritto penale e processo, 2018, p.3; in tal senso F. CAPRIOLI, *Intercettazioni e registrazioni di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 1991, pag. 155; G. FUMU, *sub. artt. 266-271*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, II, Milano, 1990, pag. 774; in Giurisprudenza, in senso conforme, Cass. S.U., 28 maggio 2003, sent. n. 36747, Torcasio, in *Cass. Pen.*, 2004, pag. 2094

Dunque, le intercettazioni regolate dagli artt.266 e ss. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri.

Tre sono sostanzialmente le caratteristiche indefettibili dell'intercettazione: la fraudolenza della captazione, la contestualità dell'ascolto e la terzietà alla conversazione del soggetto captante. Solo la compresenza di questi tre requisiti realizza quel grado di intrusione tale da giustificare la tutela prevista dall'art. 15 Cost., attuata nel processo penale dalla disciplina sulle intercettazioni.⁹⁷

Esse assolvono alla funzione di repressione del crimine, al fine di ottemperare alle esigenze investigative. Quest'ultime necessitano, però, di essere bilanciate con l'interesse dell'individuo alla protezione dei diritti costituzionalmente garantiti.

Come si è accennato nel capitolo I, il legislatore ha previsto sia una riserva di legge che una di giurisdizione per evitare che i diritti coinvolti vengano violati dalla tecnica investigativa di che trattasi.

Con la prima ha inteso limitare l'utilizzo delle intercettazioni ai soli casi e modi previsti dalla legge, mentre con la seconda, ha investito il solo giudice, quale organo terzo e imparziale e, dunque, garante della decisione circa la possibilità o meno di procedere a intercettazione.⁹⁸

Gli interventi gravemente limitativi di libertà individuali sono, dunque, riservati al giudice; pur essendo definite le intercettazioni "atto del pubblico ministero", questa locuzione va intesa nel senso che a questi compete verificarne in prima battuta la necessità ed utilità investigativa e, una volta ottenuto il decreto, disporre le concrete

⁹⁷ F. D'ALESSIO, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. IV, data udienza Ud. 11 luglio 2017, data deposito (dep. 18 ottobre 2017), n. 48084, De Jure, 2018, p.2*

⁹⁸ In tal senso C.R. BLEFARI, cit., p.3: "l'art. 267 del Codice di procedura penale prevede infatti che sia il GIP a pronunciarsi con decreto sulla richiesta avanzata dal Pubblico ministero; viceversa, nei casi c.d. d'urgenza, quando a procedere ad intercettazione sia direttamente il Pubblico ministero, spetta sempre e comunque al GIP convalidare il decreto con il quale il PM ha disposto l'intercettazione. Nell'ipotesi in cui il giudice non convalidi il decreto, i risultati delle intercettazioni, fino a quel momento ottenuti, sono inutilizzabili. La riserva di giurisdizione si sostanzia, quindi, o in un momento che potremmo definire "autorizzativo" ovvero in un controllo successivo da parte del giudice"

modalità di attuazione e la durata; l'organo d'accusa non ha più, come in passato, il potere di decidere in via autonoma.⁹⁹

L'art. 267 c.p.p., oltre ad effettuare una scansione delle competenze, richiede due presupposti oggettivi affinché si possa ricorrere ad intercettazione: la presenza di "gravi indizi di reato" e che le intercettazioni siano "assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini".

Gli indizi di cui all'art. 267 c.p.p., attengono all'esistenza di un reato e non alla colpevolezza di un soggetto, il quale può essere del tutto ignoto al momento in cui l'operazione è disposta; i gravi indizi, dunque, non sono in alcun modo soggettivizzati e dunque non necessariamente già orientati a carico di una determinata persona.

L'art. 266 c.p.p., rubricato con la locuzione "limiti di ammissibilità", definisce invece i limiti oggettivi entro i quali soltanto deve ritenersi ammissibile l'intercettazione di conversazioni o di comunicazioni di qualunque specie (non, dunque, solo delle comunicazioni telefoniche o telegrafiche, ma anche, per empio, di tutte le trasmissioni "a distanza" previste dall'art. 623-bis c.p.).

In particolare, l'articolo prevede un elenco tassativo di reati, individuato dal legislatore sulla base della natura e della gravità di essi, per i procedimenti relativi ai quali viene consentita l'intercettazione.

Per effetto dell'art.266-bis c.p.p. (introdotto dalla l. 23 dicembre 1993, n.547), deve ritenersi sempre consentita anche l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, ovviamente nell'osservanza degli ordinari presupposti di legge, tutte le volte in cui si proceda per uno dei reati indicati nell'art.266, nonché per i reati "commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche".

Negli stessi casi si può procedere ad intercettazione di colloqui tra persone presenti (c.d. intercettazioni ambientali) per mezzo di appositi strumenti di ascolto, come meglio si vedrà più avanti.

⁹⁹ A. CAMON, *Intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, pag.89

Tuttavia, come regola generale, nei luoghi di domicilio tale tipologia di intercettazione è consentita solo se vi risulti in corso di svolgimento un'attività criminosa.

Le intercettazioni ambientali, in particolare, risultano essere di grande interesse ai fini della trattazione, poiché rappresentano un *punctum dolens* ai fini della loro differenziazione con le registrazioni effettuate mediante altoparlanti intelligenti di cui si tratterà nel Capitolo III.

Ancor più delicato è l'impiego, anch'esso a fini investigativi, di captatori informatici (c.d. *trojan virus*), strumenti assai invasivi che, installati occultamente in un dispositivo connesso sul *web*, consentono di acquisire in tempo reale ogni tipo di informazione in esso contenuta, inclusa la registrazione di suoni ed immagini nell'ambiente circostante, mediante l'attivazione del microfono o della videocamera del dispositivo "infettato".

L'uso dei captatori nelle intercettazioni ambientali è consentito in base ai presupposti ordinari per le conversazioni tra presenti che si svolgono fuori dal domicilio¹⁰⁰. Tale affermazione comporta l'insorgere di un problema, perché è previsto che il *trojan virus* sia inoculato in un dispositivo mobile che può in ogni momento venirsi a trovare in ambiente domiciliare, situazione inconciliabile con la tutela prevista all'art.14 Cost.

Sotto questo profilo il legislatore è intervenuto, allineandosi al principio enunciato dalla Corte di cassazione, ma restringendone la portata ai soli delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater, per i quali dunque l'uso del captatore informatico è consentito senza limitazioni legate al domicilio.¹⁰¹ Negli altri casi occorre che nel decreto autorizzativo siano indicati i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono e/o della videocamera, in modo da escludere l'intercettazione ambientale domiciliare.¹⁰²

La nuova normativa concerne esclusivamente, come si è già detto, l'impiego del captatore informatico su dispositivi portatili per l'intercettazione tra presenti, mentre

¹⁰⁰ Ciò si desume dall'art.266 comma 2 primo periodo, modificato dall'art.4 comma 1 lett.a d. lgs. n. 216 del 2017

¹⁰¹ Art. 266 comma 2, inserito dall'art. 4 comma 1 lett. a d. lgs. n. 216 del 2017

¹⁰² Art.267 comma 1, modificato dall'art. 4 comma 1 lett. b d. lgs. n. 216 del 2017

gli altri strumenti tecnici atti ad intercettare le comunicazioni non sono nemmeno menzionati.

Essa si giustifica per il carattere estremamente invasivo di questo tipo di interferenza nella vita privata; tuttavia, la delimitazione, a meno che non la si voglia intendere in senso tassativo come divieto di qualsiasi diversa utilizzazione del captatore informatico, lascia una lacuna normativa: si pensi, ad esempio, alle perquisizioni informatiche, al monitoraggio della navigazione sul web, alla messaggistica istantanea, alle riprese visive. Nonostante le cautele predisposte in ordine alla scelta, all'istallazione e alla disattivazione del captatore, si è forse persa l'occasione per varare una disciplina più completa, lasciando così una zona grigia che non rassicura circa la possibilità di abusi, come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo.

Anche in tali casi, perciò, lo sviluppo di nuove tecnologie non rende agevole la corretta interpretazione e distinzione delle varie forme di captazione di colloqui.

Per fare chiarezza, è necessario tracciare anzitutto il confine tra intercettazione e una fonoregistrazione di conversazione.

2. Il concetto giuridico della fonoregistrazione. Inquadramento delle nuove modalità di registrazione delle conversazioni

Al fine di garantire coerenza concettuale alla legislazione, propedeutiche e connesse alla la corretta classificazione giuridica delle fonoregistrazioni, sono alcune definizioni terminologiche e teorico-concettuali.

In primis, è necessario distinguere tra il concetto giuridico di “documento” e quello di “documentazione”.

Il codice di procedura penale non contiene una definizione esplicita di documento, limitandosi, ex art. 234, co. 1, c.p.p., a stabilire che “È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo».

Dalla sistematica del codice è possibile estrapolare almeno due requisiti fondamentali che devono sussistere affinché un determinato oggetto possa essere qualificato come documento in senso stretto: dal primo comma della norma dedicata alla prova documentale emerge il requisito positivo, ossia l'idoneità dello stesso a rappresentare un fatto, una persona o una cosa; dal sistema, invece, si può estrapolare il requisito negativo, ovvero la circostanza che l'elemento rappresentato debba costituire un *aliud* rispetto agli atti processuali compiuti nel procedimento all'interno del quale il documento è acquisito.¹⁰³

In altre parole, il documento esiste a prescindere dal procedimento penale; nasce in un momento e per uno scopo del tutto diverso da quello che caratterizza le indagini che ivi svolgono; la sua utilità processuale è del tutto eventuale e dipende dalla sua qualificazione come cosa pertinente al reato o, addirittura, come corpo del reato.¹⁰⁴

La documentazione, invece, rappresenta la cristallizzazione di un'attività di indagine che viene svolta in quanto esiste un procedimento penale all'interno del quale essa è realizzabile e potenzialmente utile, proceduralmente o processualmente, a seconda dei casi: si tratta del “*risultato del comportamento tenuto da chi, nell'arco della sequenza procedimentale, svolga funzioni di decisione, d'accusa o di difesa: giudice, pubblico ministero, difensore e rispettivi ausiliari*”¹⁰⁵.

“Paradossalmente, il medesimo oggetto materiale, a seconda del modo e dello scopo per cui viene prodotto, può essere qualificato come documento o come documentazione: la ripresa video di un soggetto all'interno di un locale pubblico, se effettuata dalla polizia giudiziaria nel corso del procedimento penale in cui si indaga su quel soggetto, è documentazione, deve essere allegata al “verbale di operazioni (atipiche) compiute” e la sua ammissibilità nella fase dibattimentale passa attraverso l'art. 189 c.p.p., in quanto prova atipica; la stessa ripresa, se effettuata dallo stesso

¹⁰³ In tal senso, M. TORRE, *Indagini informatiche e processo penale*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche, 2015, p.18,: correttamente, quindi, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «ai fini dell'ammissione delle prove documentali sono necessarie due condizioni: a) che il documento risulti materialmente formato fuori, ma non necessariamente prima, del procedimento; b) che lo stesso oggetto della documentazione extraprocessuale appartenga al contesto del fatto oggetto della conoscenza giudiziale e non al contesto del procedimento». Così, Cass. pen., sez. 5, 16 marzo 1999, n. 6887, Gianferrari, rv. 213606; sez. 5, 16 marzo 1999, n. 5337, Di Marco, rv. 213183

¹⁰⁴ M. TORRE, cit., pp. 18 e 19

¹⁰⁵ F. ZACCHÉ, *La prova documentale*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) G. UBERTIS - G. P. VOENA, XIX ed., Milano, 2012, p.16

soggetto a scopo privato e poi rinvenuta e sequestrata dalla polizia giudiziaria nel corso di una perquisizione domiciliare, rappresenta un documento che entra nel processo a norma dell'art. 234 c.p.p.”¹⁰⁶

Altra importante questione da specificare è che, il limite della riserva di giurisdizione assoluta posto dall'art. 15 Cost. permette restrizioni al diritto alla segretezza delle comunicazioni esclusivamente con atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge. Ed è proprio questa disposizione ad impedire qualsiasi attività di intercettazione da parte di soggetti non rientranti nella nozione di “autorità giudiziaria”.

L'espressione “intercettazione privata” non è sovrapponibile a quella adottata dal codice di rito¹⁰⁷. Pur avendo elementi in comune, come l'occulta presa di conoscenza, da parte di un terzo, del contenuto di una comunicazione riservata e l'impiego di strumenti di percezione, è carente di alcuni profili procedurali: mancherebbe il provvedimento giurisdizionale di autorizzazione emesso a seguito del vaglio della sussistenza dei requisiti normativi e le operazioni non sarebbero eseguite dal Pubblico ministero o da un ufficiale di Polizia giudiziaria (art. 267 c.p.p.); non ci sarebbe un verbale redigibile esclusivamente da un pubblico ufficiale e gli impianti non sarebbero quelli installati presso la procura della Repubblica (art. 268 co. 3 c.p.p.).

Come meglio si vedrà nel prosieguo, qualora il privato compia intercettazioni su comunicazioni telefoniche o telegrafiche non dirette a lui, si configurerebbe il reato ex art. 617 c.p.: il nastro registrato deve essere posto sotto sequestro ex artt. 253 co. 1 e 235 c.p.p. ed utilizzato nel procedimento nei confronti dell'autore della captazione illecita.

Secondo la giurisprudenza di merito¹⁰⁸, nel caso in cui manchi la prova che le intercettazioni ambientali siano state eseguite da privati che partecipino o assistano alla conversazione, i risultati di tali captazioni sono da considerarsi illeciti, e quindi inutilizzabili come prove. Il nastro registrato illecitamente non può essere utilizzato nel processo come documento costituente corpo di reato in base all'art. 235 c.p.p. ossia

¹⁰⁶ M. TORRE, cit., p. 19

¹⁰⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 865

¹⁰⁸ Trib. Ancona, 16 giugno 2006, sent. n. 2052

quale cosa mediante la quale il delitto è stato commesso ex art. 253 co. 2 cit.: l'unica norma di riferimento è l'art. 234 c.p.p. che esclude l'utilizzazione di ogni registrazione conseguita illecitamente.

Chiariti tali aspetti, si può procedere a definire il concetto di fonoregistrazione.

La fonoregistrazione viene qualificata all'interno del processo penale, in generale, come "documento", in quanto rappresentativa di fatti¹⁰⁹. La rappresentazione in questo caso figura come risultato dell'utilizzo di uno strumento tecnico (apparecchio di registrazione). La ricostruzione del fatto, ossia la sua rappresentazione, viene quindi "fissata" su di una base materiale mediante un metodo di incorporamento.

“L'incorporamento è la modalità attraverso la quale la rappresentazione del fatto viene fissata su di un supporto (base materiale) per essere conservata e successivamente fruita. Sono metodi di incorporamento, oltre alla tradizionale scrittura, la *«fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo»*, purché, aggiungerai, idoneo a realizzare l'annessione tra la rappresentazione del fatto e la base materiale. La formula codicistica, volutamente aperta al progresso della tecnica, consente di distinguere due fondamentali categorie di metodi di incorporamento: quello analogico¹¹⁰ e quello digitale¹¹¹.”¹¹²

La differenza fondamentale tra le due modalità di incorporamento risiede nel fatto che, nel digitale, a differenza che nell'analogico, la rappresentazione esiste a prescindere dal supporto fisico sul quale è incorporata, nel senso che il dato informatico può essere trasferito agevolmente da un supporto all'altro senza perdere alcuna delle sue qualità.¹¹³

¹⁰⁹ Ex art. 187 c.p.p., per essere "pertinente" il documento deve necessariamente rappresentare un fatto oggetto di prova

¹¹⁰ Con il termine "analogico" si fa riferimento a qualcosa di concreto, quindi visibile e/o tangibile. Il termine deriva da due parole greche, letteralmente traducibili in "discorso simile" o "parola uguale". Ciò che fa un sistema analogico, infatti, non è altro che imitare, rappresentare una quantità continuamente variabile attraverso un'altra quantità -analoga, appunto- nel modo più fedele possibile

¹¹¹ "Digitale" deriva dal termine anglosassone *digit* che significa "cifra". Il concetto fa riferimento a qualcosa di astratto. Un sistema digitale sfrutta segnali discreti per rappresentare e riprodurre segnali continui sotto forma di numeri o altri caratteri.

¹¹² M. TORRE, cit., p. 23

¹¹³ In tal senso, M. TORRE, cit., p. 24.:” Non rileva, invece, la necessità di avere la disponibilità di uno strumento tecnico al fine di cogliere l'essenza della rappresentazione: anche nel documento tradizionale, spesso, il contenuto rappresentativo non si può cogliere in assenza di apparecchiature adeguate. Quanto detto rappresenta, al tempo stesso, la croce e delizia del documento digitale: la gioia

Le registrazioni, in base alle modalità di realizzazione e al supporto materiale sul quale sono contenute, possono essere considerate tanto analogiche (si pensi ad un disco in vinile) quanto digitali (registrazioni effettuate con uno *smartphone*). Tuttavia, nella società odierna ormai permeata dallo sviluppo delle nuove tecnologie, le registrazioni vengono effettuate per lo più in forma digitale.

La fonoregistrazione di una conversazione si distingue, dunque, dall'intercettazione in senso tecnico.

In primis si scorge una notevole differenza per via del soggetto che la realizza, la registrazione infatti viene effettuata da un soggetto presente alla conversazione e che quindi necessariamente vi partecipa. Dunque, essa difetta del requisito della terzietà del soggetto captante, che come si è visto, è invece requisito necessario dell'intercettazione. In tali casi, infatti, colui che registra fraudolentemente la conversazione non è terzo ad essa, ma anzi vi partecipa con il consenso degli altri colloquanti.

La peculiarità di tale situazione esclude dunque che i soggetti registrati possano godere della massima tutela prevista in tema di segretezza delle comunicazioni dall'art. 15 Cost., con evidenti riflessi sul piano processuale.

Escludere la portata applicativa dell'art. 15 Cost. in tale ambito – e quindi delle norme previste nel Capo IV, Titolo III, del codice di rito – significa infatti consentire alle registrazioni così effettuate di entrare come prova nel processo penale senza limiti di ammissibilità, in assenza di un provvedimento autorizzativo e con modalità operative non preordinate.

Una simile eventualità desta alcune perplessità, poiché le registrazioni di conversazioni tra presenti, anche se non assimilabili alle intercettazioni per i motivi anzidetti, conservano infatti un certo grado di intrusione nella sfera privata e, più in particolare, nell'aspettativa di riservatezza dei conversanti.

risiede nel fatto che tale tipo di documento può essere "trattato" per fini processuali e investigativi senza avere la necessità di sequestrare il supporto; il dolore deriva dalla facile alterabilità di tale documento, caratteristica imprescindibile della sua stessa essenza. Su quest'ultimo aspetto, tuttavia, appare opportuno fare un chiarimento: tutti i documenti sono potenzialmente a rischio di alterazione, ma solo nei documenti digitali una eventuale modifica (volontaria o accidentale che sia) è difficilmente dimostrabile *ex post*."

Se, da un lato, i colloquianti legittimano il soggetto captante a conoscere il contenuto della conversazione, dall'altro, non sono consapevoli che quanto riferito venga impresso su un supporto di memorizzazione fonica. Una simile consapevolezza potrebbe, ad esempio, ingenerare nel soggetto registrato un maggiore grado di cautela, magari fino a farlo astenersi dal fare certe rivelazioni. Vi è, pertanto, un'intrusione nella sfera privata dei conversanti registrati, ma di un'intensità tale da non giustificare l'applicazione delle garanzie previste dagli artt. 266 ss.¹¹⁴

Una necessaria verifica da compiere, in ordine alle registrazioni di conversazioni tra presenti, è allora quella di individuare l'esistenza, ed eventualmente il grado, di tutela riservata ai soggetti inconsapevolmente registrati da una delle persone che partecipano al colloquio.

La soluzione a tale quesito, però, non ha una risposta univoca, dovendo essere calibrata a seconda della fattispecie concreta di riferimento. Le registrazioni in parola, infatti, possono venire realizzate con modalità differenti e da soggetti diversi.

Due sono le ipotesi che più spesso sono state sottoposte all'attenzione della giurisprudenza di legittimità: il privato che registra una conversazione al di fuori del procedimento e su sua stessa iniziativa; il privato, o lo stesso agente di P.G. sotto le mentite spoglie di privato, che registra su iniziativa della Polizia giudiziaria e con strumenti da essa forniti.

2.1 Registrazione effettuata da un privato al di fuori del procedimento e di sua stessa iniziativa

Questa prima ipotesi risulta di facile risoluzione.

La Corte di cassazione¹¹⁵ ha affermato, a tal proposito, che la registrazione effettuata da un privato al di fuori del procedimento e di sua iniziativa è una forma di documentazione di quanto avvenuto tra due o più persone, poiché il soggetto che

¹¹⁴ F. D'ALESSIO, cit, De Jure, 2018, pp.2 e 3

¹¹⁵ Cass. Pen. Sez. II, 10 giugno 2016, sent. n. 24288

materialmente la effettua non fa altro che memorizzare fonicamente le notizie lecitamente apprese dall'altro o dagli altri interlocutori.

Il contenuto di tali registrazioni può essere introitato nel processo in qualità di 'documento' ex art. 234 c.p.p., diversamente dal risultato di intercettazioni che, invece, assume la forma di 'atto del procedimento'¹¹⁶.

Nell'ipotesi in esame, l'applicabilità dell'art.234 c.p.p. viene giustificata dal fatto che l'intrusione nella sfera privata altrui è minima, poiché il soggetto captante è perfettamente legittimato a conoscere il contenuto della conversazione. Viene dunque a mancare la lesione del diritto costituzionale della segretezza delle comunicazioni. In tal caso, deve parlarsi piuttosto di una violazione del diritto alla riservatezza, il quale però trova garanzia di rango costituzionale solo in via mediata e, pertanto, soccombe di fronte all'esigenza di raccolta degli elementi di prova ai fini della repressione dei reati.¹¹⁷

La soluzione prospettata pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità per questa ipotesi, dunque, esclude che vi sia la necessità di qualsivoglia autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria procedente, con conseguente utilizzabilità dibattimentale della captazione senza alcun limite di sorta.

In generale, per ciò che attiene alle registrazioni in esame si fa, dunque, espresso riferimento ad una prova già costituita al di fuori del processo (la c.d. prova precostituita), la quale entra nel processo con un atto che ne conferma la validità.

Questa, difatti non ha bisogno di un iter specifico per la sua formazione, come invece succede per altre prove come ad esempio la ricognizione, in quanto già possiede tutti i requisiti formali per essere valutata dall'organo giudicante.

Storicamente, guardando il precedente impianto processuale (in vigore, con il regio decreto n.602 del 28 maggio 1931 fino all'emanazione del nuovo modello processuale del 1987) si osserva che la prova che trovava ingresso nel processo, era contenuta nell'articolo 309 c.p.p., che regolava tali strumenti. Tra queste ad esempio vi sono:

¹¹⁶ L. PIRAS, *Registrazioni di comunicazioni ed intercettazioni: differenze ed usi*, Diritto & Giustizia, fasc.20, 2015, pag. 2

¹¹⁷ Cass., S.U., 28 maggio 2003, Torcasio, sent. n. 36747, la quale estendeva tale soluzione anche alle ipotesi in cui il privato avesse agito su impulso della polizia giudiziaria e con strumenti da essa forniti

l'uso di visioni fotografiche e cinematografiche o qualsiasi riproduzione soggetta ad uno strumento tecnico di ricezione. Oppure, la prova così composta, trovava riferimento nel mezzo della *disponibilità di telefoni pubblici*¹¹⁸, ai sensi dell'articolo 339 c.p.p. (r.d. n.602/1931) se lo strumento interessato era di pertinenza pubblica.

Nel codice previgente l'ingresso di tali strumenti probatori avveniva tramite l'ispezione. Sul punto è necessario premettere che, in tale modello processuale, l'organo giudicante aveva anche l'onere di ricercare la prova oltretché di valutarla. Dunque, per pratiche ragioni, anche lo specifico meccanismo di acquisizione era differente, dal vigente sistema.

È doveroso ricordare, dunque, che nel vecchio codice, ispirato a principi inquisitori, i poteri di ammissione d'ufficio della prova erano intensi e diffusi e la c.d. terzietà del giudice poteva risultarne, e spesso lo era, pregiudicata.

Per salvaguardare l'imparzialità e la terzietà del ruolo giudicante, il nuovo codice (ispirato a principi accusatori) ha limitato a casi tassativi e astrattamente eccezionali le ipotesi di ammissione d'ufficio della prova, fissando la regola della domanda di parte, allo stesso tempo, riconoscendo alle parti un diritto all'accoglimento della domanda di prova. Tale diritto è disciplinato dall'art. 190 c.p.p. che recita:” *1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2.La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio. 3.I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.*”

¹¹⁸ G. LEONE, *Manuale di procedura penale*, Napoli, Jovene, 1960, p.227

2.2 Registrazione effettuata da un privato su impulso della Polizia giudiziaria

La seconda fattispecie ipotizzata, relativa al privato, o allo stesso agente, che registra su impulso della P.G. e con strumenti da essa forniti, viene invece risolta dalla giurisprudenza, ormai consolidata, in modo diverso dalla precedente.

La Corte di Cassazione ha affrontato tale questione nella sent. n. 24288/2016¹¹⁹. Nel caso di specie, l'imputato, nel suo ricorso, deduceva l'inosservanza di norme processuali per avere la Corte di merito ritenuto utilizzabile il contenuto di una conversazione registrata dall'offeso su sollecitazione ed impulso della polizia giudiziaria, sulla scorta di una semplice autorizzazione verbale del P.M.

I giudici di legittimità, sulla scorta di un principio oramai consolidato, partono dall'assunto che le registrazioni tra presenti, effettuate da uno degli interlocutori, non necessitano di alcuna autorizzazione giudiziaria, risolvendosi all'interno del procedimento in una particolare forma di documentazione che, evidentemente, non può essere sottoposta alle particolari limitazioni e formalità delle intercettazioni, in quanto rappresenta una modalità di documentazione dei contenuti della conversazione, già nella disponibilità di chi la effettua e potenzialmente riversabili nel processo attraverso la testimonianza.

La Corte sottolinea come tutto ciò che viene effettuato fuori dal procedimento (videoriprese o fonoregistrazioni), costituisce, al suo interno, prova documentale ex art. 234 c.p.p.). Al contrario, le registrazioni captate dalla Polizia Giudiziaria costituiscono 'documentazione dell'attività investigativa', rientranti nella categoria delle prove atipiche ex art. 189 c.p.p.

La soluzione a cui giunge la Corte nella sent. n.24288/2016, consiste nel fatto che la registrazione di comunicazione eseguita da un soggetto, presente al dialogo e con il suo consenso, ma effettuata con strumenti di captazione forniti dalla P.G., seppure implichi un minor grado di intrusione nella sfera privata del captato rispetto alla intercettazione effettuata da terzi soggetti nei confronti di persone inconsapevoli,

¹¹⁹ Cass. Pen. Sez. II, 20 marzo 2015, sent. n.19158

necessita, comunque, di un provvedimento autorizzativo, che può essere ben rappresentato da un decreto motivato del Pubblico Ministero, sottoponibile a future critiche processuali, non risultando la mera autorizzazione verbale sufficiente in tal senso.

Una simile soluzione è stata elaborata a seguito delle Sez. Un. Prisco¹²⁰, secondo cui tali registrazioni, poiché effettuate nell'ambito di un procedimento penale ed in vista di questo, escludono l'applicabilità delle norme sui “documenti”.

In quest'ultima ipotesi considerata, il grado di intrusione nella sfera privata del captato è lo stesso del caso in cui chi registra operi al di fuori del processo e su propria iniziativa.

Violato, infatti, è pur sempre il diritto alla riservatezza: l'aspettativa da parte del soggetto registrato a che il contenuto della conversazione non venga divulgato. Il diverso grado di tutela sarebbe dunque giustificato, non tanto dal diverso livello di intrusione nella sfera privata, ma piuttosto dalla pluralità degli interessi in gioco.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sull'ipotesi in oggetto, stabilendo che la registrazione di un dialogo da parte dell'interlocutore all'insaputa dell'altro, su incarico della polizia giudiziaria, viola il diritto alla riservatezza tutelato dall'art. 8 CEDU.

Infatti, secondo il Giudice di Strasburgo, la registrazione di una conversazione (telefonica o tra presenti) ad opera di uno degli interlocutori, se eseguita con mezzi posti a disposizione dalla Polizia giudiziaria e nel corso di un'indagine, costituisce interferenza con la vita privata.

Perciò, la Corte di Strasburgo ha stabilito che, affinché la captazione sia legittima, l'intrusione debba essere prevista da una legge con un contenuto chiaro e dettagliato, la quale disciplini i casi, i modi e le finalità.¹²¹

Se l'ingerenza nella vita privata non è prevista dalla legge, o se non persegue uno scopo legittimo tra quelli previsti dall'articolo 8 § 2, oppure, ancora, se non è

¹²⁰ Cass., S.U., 28 marzo 2006, Prisco, n. 26795, in C.E.D. Cass., n. 234267

¹²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia

necessaria in una società democratica per il raggiungimento di tali scopi, viene a verificarsi una violazione di principio di legalità.¹²²

I giudici europei richiedono inoltre che l'individuo possa conoscere e comprendere il precetto, così da poter prevedere le conseguenze della sua azione. A tal fine occorre quindi l'esistenza almeno di un diritto giurisprudenziale "accessibile" e dalla formulazione "sufficientemente chiara e dettagliata".¹²³

Va precisato che, nelle ipotesi in cui sia già in corso un procedimento penale, l'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati deve essere controbilanciato, oltre che con il diritto alla riservatezza, con il diritto di difesa.

La mancanza del provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria potrebbe compromettere, infatti, il diritto di difesa (art. 24 Cost.), poiché solo grazie alla motivazione di detto provvedimento il soggetto ignaro, coinvolto nel procedimento penale, sarebbe posto in grado di verificare la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria¹²⁴.

Chiariti tali aspetti, si può affermare in sintesi che la registrazione effettuata da un privato all'insaputa dell'interlocutore è da considerarsi lecita, purché l'autore materiale partecipi alla conversazione stessa: in questo caso non è necessaria l'autorizzazione del giudice poiché viene a configurarsi come prova documentale; al contrario, nel caso sia la Polizia giudiziaria a sollecitare un privato, affinché effettui la registrazione, sarà necessario un provvedimento autorizzativo, che può essere ben rappresentato da un decreto motivato del Pubblico Ministero, non essendo sufficiente un'autorizzazione meramente verbale del P.M.

La giurisprudenza di legittimità non ha chiarito se la soluzione prospettata per la precedente ipotesi sia applicabile anche al caso in cui a registrare non sia un privato su impulso della P.G., ma un agente di Polizia giudiziaria sotto mentite spoglie (anzi, in alcune pronunce sembra consentire una simile eventualità¹²⁵).

¹²² Ibidem

¹²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia

¹²⁴ Cfr. Corte Cost., 30 novembre 2009, sent. n. 320

¹²⁵ V. in proposito, Cass. Pen. Sez. V, 9 giugno 2017, n. 39800, in C.E.D. Cass., n. 270880; cfr. anche Cass. Pen. Sez. IV, 11 giugno 2009, n. 41799, ivi, n. 245446

In quest'ultima ipotesi, l'agente di P.G., si presenta al soggetto attenzionato come un semplice privato nella speranza di carpire informazioni utili ai fini investigativi. L'agente, quindi, rappresenta due distinti soggetti: quello che impersona per trarre in inganno l'indagato e quello che si cela dietro tale facciata.

L'indagato in sostanza crede di parlare con un privato, ma in realtà comunica con un operante di P.G.

La duplice faccia dell'infiltrato impone una riflessione ulteriore.

L'agente di P.G. se, da un lato, è legittimato a conoscere il contenuto della conversazione, dall'altro, vi partecipa solo perché ha nascosto la sua reale identità.

L'indagato, quindi, legittima a conoscere il contenuto della conversazione esclusivamente il soggetto impersonato dall'agente di P.G. Quest'ultimo, invece, sebbene rappresentato dalla stessa persona fisica, è, rispetto alla conversazione in cui vi partecipa sotto mentite spoglie, un terzo estraneo.¹²⁶

2.3 La figura dell'agente segreto attrezzato per captare il suono

In merito a tali fattispecie (del privato, o dello stesso agente di P.G. sotto le mentite spoglie di privato, che registra su iniziativa della Polizia giudiziaria medesima e con strumenti da essa forniti) la dottrina e la giurisprudenza parlano di “agente segreto attrezzato per captare il suono”.

Si tratta di quel soggetto - appartenente o no alla Polizia giudiziaria - che effettua una registrazione, “in modo occulto”, di colloqui privati, su incarico della Polizia giudiziaria, attraverso strumenti forniti dalla stessa.¹²⁷

La qualificazione giuridica di questa figura è stata oggetto di un acceso dibattito sia in dottrina, sia in giurisprudenza.

¹²⁶ F. D'ALESSIO, cit, De Jure, 2018

¹²⁷ A. SCALFATI, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 6

Parte della dottrina¹²⁸ ravvisa nel sistema dell'agente attrezzato per il suono un espediente per eludere la disciplina codicistica dell'interrogatorio o quella delle sommarie informazioni, vanificando il diritto all'assistenza del difensore e la facoltà di non rispondere.

Secondo un altro autore¹²⁹, la figura in esame sembrerebbe riconducibile ad una intercettazione ambientale, ma allo stesso tempo configurerebbe un metodo per aggirare le regole formali sulle intercettazioni *inter praesentes*.

Secondo una pronuncia della Cassazione, tale attività dà luogo ad una “*fattispecie [...] intermedia tra quella prevista dall'art. 266 e quella di cui all'art. 234 c.p.p.*”.¹³⁰

Si è ritenuto, inoltre, che la Polizia giudiziaria attraverso una intercettazione differita, utilizzerebbe il confidente come uno strumento materiale per inserirsi clandestinamente nelle conversazioni, violando la segretezza di queste.¹³¹

L'indiziato, invece, deve essere informato delle indagini in corso, della sua posizione, dei suoi diritti e delle conseguenze che possono derivare dalle sue dichiarazioni avendosi altrimenti la violazione dell'art. 24 co. 2 Cost.¹³²

A tal proposito, secondo un autore¹³³, la figura dell'agente segreto di Polizia è assolutamente illegittima in quanto non prevista dalla legge.

In giurisprudenza si sono venuti a delineare tre orientamenti in merito alla figura dell'agente attrezzato per il suono.

Secondo il primo orientamento, si tratta d'una mera attività di memorizzazione fonica, che non necessita di autorizzazione giurisdizionale ed è acquisibile al processo come prova documentale, ai sensi dell'art. 234 cit.¹³⁴

¹²⁸ G. DEAN, *In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute dall'art. 225 quinquies c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988*, in *Giur. It.*, 1990

¹²⁹ A. SCALFATI, *cit.*, p. 122

¹³⁰ Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 2008, sent. n. 46191

¹³¹ Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2001, sent. n. 3846, Finini; Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 2000, Caputo. In dottrina A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 42

¹³² M. SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 176

¹³³ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997

¹³⁴ Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 2009, sent. n. 16982

Altra parte della giurisprudenza considera le registrazioni dell'agente segreto, effettuate senza la suddetta autorizzazione, inutilizzabili ai fini processuali, perché eseguite in violazione dei divieti imposti dalla legge a tutela della segretezza, protetta dalla Costituzione¹³⁵; ciò in quanto *“l'intervento della polizia procedimentalizza in modo atipico l'intercettazione deprivandola dell'intervento del giudice”*¹³⁶.

Un terzo orientamento ha, invece, distinto a seconda dei vari tempi di ascolto delle registrazioni, ritenendo necessaria l'autorizzazione solo nel caso di ascolto simultaneo da parte di una stazione posta a distanza¹³⁷. In questo caso, dovrebbe trovare applicazione la disciplina delle intercettazioni, essendovi sia la terzietà del soggetto captante sia la contestualità dell'ascolto.

Se poi la conversazione si svolgesse in luogo di privata dimora, dovrebbe essere applicata la disciplina delle intercettazioni ambientali. Invece, la semplice registrazione, senza ascolto contestuale, viene considerata quale prova documentale; oppure come un mezzo di ricerca della prova atipico, eseguibile senza alcuna previa autorizzazione.

Nel 2010 la Cassazione¹³⁸ ha stabilito che la registrazione clandestina di un colloquio effettuata da uno dei partecipanti, d'accordo con la polizia giudiziaria e con strumenti da questa forniti, non può considerarsi un “documento”; visto l'uso investigativo dello strumento d'intercettazione, rappresenta piuttosto documentazione di un'attività di indagine. Di conseguenza, tale attività, comprimendo il diritto alla segretezza delle conversazioni, richiede un'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria; il che però non comporta la necessità di rispettare le prescrizioni relative all'intercettazione di conversazioni, essendo sufficiente un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, come ad esempio un decreto del pubblico ministero.

¹³⁵ Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2001, sent. n. 3846, Finini

¹³⁶ Ibidem

¹³⁷ Cass. pen., Sez. I, 21 febbraio 2003, sent. n. 8738, Lentini

¹³⁸ Cass. pen., Sez. VI, 21 giugno 2010, sent. n. 23742

2.4 RegISTRAZIONI DI TELEFONATE ALL'INSAPUTA DELL'INTERLOCUTORE

La Cassazione ha affrontato, inoltre, la problematica relativa alle registrazioni di una telefonata all'insaputa dell'interlocutore.¹³⁹ La relativa disciplina non si discosta da quella dettata per le registrazioni effettuate *in loco*.

Anche nel caso in cui l'oggetto materiale della registrazione sia rappresentato da una telefonata, la Corte ha stabilito che anche in questo caso, la registrazione, seppure effettuata su un file audio o video, altro non è che una ripetizione (ai fini di memorizzarne il contenuto) di ciò che la nostra stessa memoria ha già compiuto.

In altre parole, il divieto di registrazione di una conversazione telefonica, alla quale si sta partecipando, corrisponderebbe all'imposizione di dimenticare una conversazione, quindi non avrebbe alcun senso.

Qualora, però, la conversazione risulti non continuativa poiché tagliata in alcune parti, si impone da parte del giudice una specifica valutazione della capacità probatoria della registrazione e della attendibilità delle dichiarazioni accusatorie, non potendo a tal fine ritenersi sufficiente la mera corrispondenza tra i brani registrati e quanto riferito dall'autore della manipolazione.

A tal proposito, anche nella sentenza 1422\2017¹⁴⁰, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato il principio in virtù del quale la registrazione fonografica di colloqui tra presenti, eseguita di iniziativa dalla persona offesa dal reato, costituisce prova documentale ed è pertanto utilizzabile in dibattimento.

Dal punto di vista strettamente probatorio, nel giudizio di primo grado, erano state disposte delle intercettazioni dalle quali sembrava emergere un rapporto di criminalità organizzata tra gli imputati; nonostante ciò, però, il Tribunale evidenziava come le dichiarazioni dell'offeso, anche se corredate da tali ulteriori elementi di indagine, non fossero comunque idonee a fornire prova diretta ed autonoma dei fatti.

¹³⁹ Cass. Pen. Sez. II, 3 maggio 2007, sent. n. 16886

¹⁴⁰ Cass. Pen. Sez. VI, 3 ottobre 2017, sent. n. 1422

La questione di preminente importanza, nello specifico, era quella circa la possibilità di utilizzare o meno, come mezzo di prova, la registrazione di un colloquio avvenuto tra l'offeso e gli imputati. Il problema si poneva dal momento che risultava certamente manipolato (attraverso il taglio di alcune parti di conversazione) il contenuto del suddetto colloquio di causa.

Mentre a giudizio del Tribunale tale mezzo di prova era da ritenersi inutilizzabile poiché il colloquio non risultava unitario, la Corte d'Appello dà un parere di avviso decisamente contrario: la registrazione è utilizzabile seppur manipolata, poiché la logica consequenzialità dei brani registrati rende comunque irrilevanti le cancellazioni.

Orbene, la Corte di Cassazione, dopo aver esaminato i vari motivi di ricorso delle parti, per quanto concerne i profili riguardanti l'ammissibilità e l'utilizzo del mezzo di prova consistente nelle registrazioni di cui sopra, ha statuito che, risultando assolutamente certo che le registrazioni siano state manipolate dalla persona offesa che ha provveduto ad eliminarne alcune parti, da ciò deriva senz'altro una scarsa attendibilità della prova in esame; tuttavia, questa circostanza non può di per sé determinare l'ammissibilità o meno del suddetto mezzo di prova, dal momento che i dati significativi ai fini della decisione possono benissimo essere presenti nonostante le alterazioni apportate o, al contrario, non essere presenti (ciò comporterebbe comunque degli apprezzamenti in ordine alla portata negativa dell'alterazione sull'affidabilità della capacità probatoria della registrazione). La possibilità di valutazione frazionata è una massima d'esperienza che non impedisce un'utilizzazione della prova, purché vi sia una valutazione attenta della ragione del parziale mendacio che escluda l'inattendibilità delle restanti dichiarazioni.

Alla luce degli elementi di cui sopra, la Corte di Cassazione ha disposto l'annullamento della sentenza al fine di consentire un nuovo giudizio nel quale il giudice di rinvio valuti non solo l'attendibilità della persona offesa, anche e soprattutto alla luce delle manipolazioni dalla stessa effettuate sulla registrazione, ma anche il contenuto di quest'ultima.¹⁴¹

¹⁴¹ D. MIGNACCA, *Registrazioni di colloqui tra presenti. Utilizzo ai fini probatori*, Diritto.it, 2018, pp. 2 e 3

2.5 Registrazione sul monitor (*screencast*) e istantanea effettuata sullo schermo di un dispositivo digitale (*screenshot*)

Una possibile modalità di registrazione di un colloquio ben potrebbe essere rappresentata da uno *screenshot* (un'istantanea del *monitor* dell'utente), ovvero dallo *screencast* (un insieme di fotogrammi, registrato in un video, di ciò che l'utente visualizza sul proprio *monitor*).

Si tratta, dunque, di una tecnica di acquisizione, da parte di un privato, di un'immagine o di una registrazione dello schermo del dispositivo utilizzato, riguardante una conversazione, avvenuta ad es. tramite sistema di messaggistica istantanea sul dispositivo digitale stesso.

La Corte di cassazione nella sentenza 8736/2018¹⁴² si è espressa riguardo il valore probatorio dell'immagine copiata dallo schermo di un dispositivo digitale.

La vicenda sottoposta alla Suprema Corte trae le fila da alcuni articoli diffamatori che avevano offeso la reputazione di un esponente politico. Il giudice di prime cure, ritenuta la sussistenza delle accuse mosse al direttore del giornale, nonché autore degli articoli incriminati, lo condannava per il reato di diffamazione. La prova decisiva era costituita da una copia cartacea delle schermate telematiche del sito internet, appunto da uno *screenshot*.

In sede di appello, tuttavia, il Collegio procedeva all'annullamento della sentenza impugnata, ritenendo non attendibile, quale prova documentale, lo *screenshot*, poiché non autenticato da un notaio.

La Corte di cassazione in realtà ha ritenuto tale prova ammissibile, affermando che “*i dati di carattere informatico, in quanto rappresentativi di cose, rientrano tra le prove documentali, e l'estrazione di dati è un'operazione meramente meccanica, sicché non deve essere assistita da particolari garanzie*”¹⁴³.

¹⁴² Cass. pen. Sez. V, 16 gennaio 2018, sent. n.8736

¹⁴³ Ibidem, p.2

La Corte ha sostenuto inoltre che *“si tratta di dati certamente significativi che sono stati ingiustificatamente ignorati dal giudice di appello mentre, per contro, nessuna indicazione specifica era stata offerta dall'imputato a sostegno della tesi, inopinatamente accolta, secondo cui non sarebbe esclusa una alterazione dei dati riportati dai documenti prodotti dalla difesa e riproducenti le pagine del sito internet.”*

2.6 Casi di illiceità delle attività di registrazione

Tutto ciò che è stato detto finora per le registrazioni *in loco*, per quelle telefoniche e per quelle di schermata incontra un limite.

Infatti, fermo restando che è del tutto lecito (ed utilizzabile come prova nei casi analizzati) registrare all'insaputa dell'interlocutore, tale attività sfocia nell'illiceità quando la registrazione viene effettuata nei luoghi di privata dimora e all'insaputa dell'interlocutore medesimo. Al contrario, se ci si riferisce al luogo di privata dimora dell'autore della registrazione, *nulla quaestio* sulla liceità della registrazione di conversazione con “ospiti”.

Costituisce illecito, inoltre, l'ipotesi di diffusione di tali registrazioni. Si tratta del reato di interferenze illecite nella vita privata altrui, disciplinato dall'articolo 615 bis del Codice penale, il quale stabilisce che: *“Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. 2. Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo. 3. I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato”*.

Se ad effettuare la registrazione è una persona terza oppure se la stessa non è presente alla conversazione la registrazione è illegittima. Ciò vale anche nel caso in cui il registrante si allontani lasciando attiva la registrazione, anche se l'inutilizzabilità si applica solo al periodo in cui egli è assente. Lo stesso anche per la dimora privata: se la registrazione avviene da parte di un soggetto non partecipante, si configura il reato di cui all'art. 615-bis c.p.

Allo stesso modo, la pubblicazione di una conversazione telefonica è un reato, ma la si può utilizzare per far valere i propri diritti.

Il Codice penale detta una specifica disciplina degli illeciti penali conseguenti alla segretezza delle comunicazioni, nel libro II - Dei delitti in particolare, titolo XII - Dei delitti contro la persona, capo III - Dei delitti contro la libertà individuale, sezione V - Dei delitti contro la inviolabilità dei segreti.

L'art. 617-septies c.p., inserito dall'art. 1, del d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 in particolare dispone: *“Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a quattro anni. 2. La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca. 3. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.”*

La registrazione, dunque, non può essere pubblicata nemmeno nel caso in cui costituisca una prova da utilizzare in tribunale. In questo caso specifico, si dovrà depositare il file presso la Procura della Repubblica o la stazione dei Carabinieri, o ancora servirsene durante una causa di tipo civile.

È indubbio che legittimare le operazioni captative da parte dei privati cittadini potrebbe portare ad un uso distorto di questo mezzo di ricerca della prova, efficace quanto insidioso.

In conclusione, alla luce dell'analisi delle singole ipotesi di registrazione, per un confronto sintetico e d'impatto in termini procedurali, si può affermare che la differenza tra registrazioni ed intercettazioni per quanto attiene alla sfera di incidenza di esse nelle varie fasi del procedimento penale è la seguente: le prime vengono generalmente considerate "documenti" e dunque prove precostituite che fanno parte dei mezzi di prova, istituiti processuali immediatamente funzionali alla decisione giudiziale. Documenti e altri mezzi di prova rientrano nel fascicolo del dibattimento. Le intercettazioni, invece, come si è detto, fanno parte dei mezzi di ricerca della prova, strumenti processuali necessari a consentirne l'acquisizione, che entrano a far parte del fascicolo delle indagini, tenuto presso l'ufficio del PM.

3. Le attività di captazione di colloqui dai confini indeterminati

Analizzata la differenza funzionale tra intercettazione e fonoregistrazione "classica" e il rispettivo valore probatorio, nonché i casi in cui quest'ultima finisce per costituire illecito penale, è necessario considerare i casi in cui una netta distinzione tra i vari mezzi di captazione diventa meno agevole.

L'evoluzione della tecnologia ha dato vita a strumenti formidabili che sono in grado di compiere una molteplicità di operazioni avanzate. Questi non sempre sono semplicemente classificabili, infatti alcuni di tali strumenti utilizzati in ambito investigativo non trovano una precisa disciplina che ne determini il corretto e legittimo utilizzo.

Si pensi ad esempio, alle intercettazioni ambientali, per la realizzazione delle quali vengono utilizzati strumenti sempre più all'avanguardia, oppure al crescente utilizzo dello strumento del captatore informatico.

3.1 Attività di captazione mediante intercettazione ambientale

Con il termine intercettazione ambientale si fa riferimento alle attività tese a carpire dialoghi che, svolgendosi tra persone simultaneamente presenti in un medesimo ambiente, non richiedono l'ausilio di strumenti tecnici per la trasmissione del suono.¹⁴⁴

La fattispecie delle intercettazioni ambientali costituisce un ampliamento rispetto all'originario istituto delle intercettazioni, essendo stata configurata normativamente soltanto più di recente.

Essa presenta un potere intrusivo molto più penetrante di quello delle intercettazioni telefoniche: queste ultime incidono soltanto sulla segretezza delle conversazioni; quelle ambientali, invece, interessano tutte le conversazioni che si svolgono in un determinato ambiente.

Per comprendere le problematiche sottese, è necessario analizzare tecnicamente le modalità con cui avvengono tali attività.

Con il termine "intercettazione ambientale" ci si riferisce dunque a determinate attività tese a carpire, con i più moderni sistemi della tecnologia *hi-tech*, tutto quanto avviene in un determinato ambiente, a livello di suoni, voci, parole, foto.

L'ambiente può essere un luogo privato, pubblico o industriale, in cui vengono catturate, senza che le persone interessate ne siano informate, le conversazioni, i suoni, i rumori e le comunicazioni in genere, in formato audio, video, fotografico, per essere poi trasmesse a distanza.

I dispositivi che sono in grado di captare le conversazioni e le comunicazioni che si svolgono in un ambiente sono di vari tipi e di dimensioni spesso molto piccole, in modo da poter essere opportunamente occultate nell'ambiente da monitorare e intercettare.

Si tratta di dispositivi conosciuti in generale come "microspie ambientali", che nelle versioni più avanzate dispongono anche di circuiteria GSM per poter avere un raggio

¹⁴⁴ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 175

d'azione illimitato, e che sono in grado di trasmettere l'audio catturato anche a migliaia di chilometri di distanza. Le microspie ambientali possono essere nascoste nelle più svariate posizioni, come ad esempio in auto, nelle prese di corrente, negli elettrodomestici e così via.

Non essendoci però una normativa dedicata agli strumenti per questa tipologia di intercettazioni, essi potranno essere i più vari ed i più moderni, andando dalla ripresa video, alle microspie, ai microfoni direzionali ed alle sequenze di fotogrammi.¹⁴⁵

Si ritiene applicabile la disciplina dettata per le intercettazioni telefoniche, pertanto, attualmente le intercettazioni ambientali possono essere effettuate solamente qualora si proceda per gli stessi reati per i quali sono consentite dall'art. 266 co. 1 c.p.p. le intercettazioni di comunicazioni a distanza.

Con riguardo alle captazioni di dialoghi che si svolgono al di fuori del domicilio, si richiede la sussistenza dei presupposti comuni di cui all'art. 267 c.p.p.

Il ricorso alle intercettazioni che si svolgono nel domicilio della persona, invece - considerata la particolare insidiosità del mezzo di ricerca della prova -, è limitato ai soli casi in cui esista anche un fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa con riferimento ai reati indicati al co. 1 dell'art. 266 cit.¹⁴⁶

Considerando che la legislazione vigente non disciplina lo svolgimento delle captazioni ambientali, si è quindi cercato di adattare al diverso problema dei dialoghi *inter praesentes* l'unica normativa a riguardo, nata con riferimento alle conversazioni telefoniche.

Per esperire le intercettazioni telefoniche esiste un unico modo: comunicare all'ente gestore del servizio telefonico il numero dell'utenza che si vuole sorvegliare, cosicché i dialoghi siano dirottati, con apposite derivazioni, nei locali delle procure.¹⁴⁷

¹⁴⁵ A. GAITO, Seminario sul diritto alla riservatezza e intercettazioni, 2012

¹⁴⁶ P. BALDUCCI, Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano, 2002, p. 17

¹⁴⁷ G. BUONOCORE, E. TUREL, *Il nuovo rito penale. Manuale pratico-operativo di procedura penale*, Missio, Udine, 1989, pp. 200 ss

Nel caso delle intercettazioni ambientali, la situazione è più delicata, poiché tali operazioni possono essere eseguite con modalità diverse: microspie, potenti microfoni, piccoli apparecchi di registrazione.

In particolare, le intercettazioni domiciliari si eseguono normalmente introducendosi nel domicilio altrui, all'insaputa o traendo in inganno l'interessato, al fine di nascondervi microspie. L'illegittimità di tali comportamenti è stata sostenuta sulla base di varie argomentazioni; per esempio, secondo alcuni, i microfoni spia non potrebbero essere inclusi tra gli "*impianti di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria*" di cui all'art. 268 co. 3 c.p.p.¹⁴⁸

Il legislatore non ha disciplinato neppure la modalità con cui debba avvenire tale intrusione al fine di posizionare le microspie per l'intercettazione ambientale nel domicilio. Tale mancata indicazione suscita perplessità, perché la clandestinità nell'apposita entrata in luoghi di privata dimora lede sia il diritto alla segretezza delle comunicazioni che quello all'inviolabilità del domicilio.

Il decreto del giudice autorizza l'intercettazione, ma non tali attività a questa connessi; come ad es. il rubare le chiavi per entrare, lo spostare oggetti per nascondere le apparecchiature. Questi comportamenti preliminari dipendono dall'iniziativa e dalla discrezionalità della Polizia, nulla disponendo la normativa al riguardo.

È proprio in riferimento a questa specifica modalità di intercettazione che si potrebbe considerare l'utilizzo in futuro di metodologie e strumentazioni alternative.

Come meglio si capirà nel capitolo III, infatti, la registrazione tramite *smart speaker* (solitamente utilizzati in ambiente domestico) ben potrebbe essere una soluzione per evitare tali modalità d'intrusione fisica nell'altrui domicilio. Si pensi, a tal proposito, alla possibilità, in un futuro prossimo, per la Polizia giudiziaria di ottenere dai produttori dei dispositivi, superando i limiti della normativa in materia di *privacy*, il controllo della funzionalità di registrazione da remoto.

¹⁴⁸ A. GAITO, *In tema di intercettazione delle conversazioni in abitazioni private*, in Giur. It., 1991, p. 466

3.2 Attività di captazione mediante captatore informatico

L'altro strumento noto per le svariate criticità che il suo utilizzo comporta, è il captatore informatico.

Esso, come già anticipato, altro non è che un software (per la precisione, un malware) che, clandestinamente e silenziosamente, può introdursi da remoto in qualsiasi tipo di dispositivo informatico, purché connesso alla Rete: smartphone, smart Tv, smart car, assistenti vocali ecc.

Il virus informatico, del tipo Trojan horse, grazie alla sua formidabile capacità intrusiva, riesce ad effettuare attività ricollegabili a diversi mezzi di ricerca della prova: un'intercettazione ambientale, tramite le registrazioni audio e video; una perquisizione informatica del dispositivo; un sequestro probatorio dei documenti memorizzati. Ciò che li distingue è il *modus procedendi* del Trojan, esso infatti presenta diversità significative rispetto alle figure previste dagli artt. 244, 247, 253, 266-bis c.p.p.

In particolare, le perquisizioni tradizionali vertono al reperimento del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, in un tempo strettamente necessario alla ricerca; il programma spia tende, invece, ad acquisire elementi utili ai fini investigativi, permanendo nel dispositivo per un tempo molto più prolungato. Inoltre, la perquisizione è un atto a sorpresa, reso però conoscibile da determinati adempimenti con funzione garantistica, quali la consegna del decreto motivato (art. 250 c.p.p.), il diritto alla nomina ed all'assistenza del difensore (art. 365 c.p.p.), il deposito del verbale e la notifica dell'avviso di deposito (art. 366 c.p.p.). La perquisizione tramite il captatore informatico, invece, ha carattere occulto; la sua non conoscibilità impedisce al soggetto di esercitare il diritto di difesa.

Anche il sequestro, pur essendo atto a sorpresa, prevede determinati avvisi alla difesa; il sequestro ordinario mira unicamente all'apprensione delle cose utili per accertare i

fatti, mentre il Trojan copia ed acquisisce senza distinzione tutti i *files* ed i dati presenti nel dispositivo.¹⁴⁹

Si può tentare un accostamento tra l'intercettazione telematica ed il captatore informatico, poiché entrambi sono mezzi di ricerca della prova occulti; la prima, però, mira alla captazione del contenuto di comunicazioni o conversazioni segrete; il Trojan, invece, all'acquisizione di dati sul dispositivo dell'indagato (permettendo le rilevazioni delle ricerche sul web). Solo nel caso in cui il Trojan capti comunicazioni tra utenti, si configurerebbe l'ipotesi di intercettazione.¹⁵⁰

Infine, le ispezioni sono atti a sorpresa, ma conoscibili ed istantanei, finalizzati a cristallizzare una situazione passibile di modifiche irreversibili; il Trojan, invece, realizza un controllo occulto e prolungato nel tempo e mira all'acquisizione clandestina di files contenuti nel dispositivo della persona sottoposta ad indagini.

Il Trojan, in sintesi, consente di controllare da remoto tutte le attività che verranno compiute dal dispositivo *target*. Ciò è possibile perché il captatore, violando le difese del bersaglio, si introduce all'interno dello stesso e prende di fatto l'intera gestione del sistema, scalando i privilegi necessari a dialogare con l'hardware come se fosse l'amministratore di sistema.

L'attività più complessa è sicuramente l'inoculazione all'interno del dispositivo da infettare, poiché, in assenza della materiale disponibilità dello stesso, quest'ultima deve avvenire con la necessaria, ancorché inconsapevole, collaborazione del proprietario del dispositivo. Le operazioni che, una volta infettato, si possono compiere nel dispositivo sono tantissime: dall'attivazione del microfono e della videocamera al tracking del segnale GPS del dispositivo; può fare *screenshot* e *screencast* dello schermo, registrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera del dispositivo (*keylogger*); può eseguire la copia di tutti i dati contenuti all'interno della memoria fisica.

Il trojan consente, inoltre, di visualizzare tutti gli scambi di messaggi, informazioni e file che avvengono tramite i consueti canali di comunicazione, come le app di

¹⁴⁹ A. SCALFATI, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 444

¹⁵⁰ S. MARAMAO, *Le intercettazioni ambientali tra innovazioni tecnologiche, esigenze investigative e tutela della riservatezza*, Tesi di laurea, 2017, p.119

messaggistica, superando l'ostacolo della crittografia: infatti, poiché non si intercetta il messaggio in transito bensì il messaggio sul dispositivo mittente o sul dispositivo destinatario, non è necessaria la decodifica.¹⁵¹

L'Italia non si è ancora dotata di una disciplina organica, che regolamenti tutte le funzionalità e gli usi investigativi del trojan.

Ad oggi, si ha una scarsa disciplina del captatore informatico nel già citato “Decreto Intercettazioni” (d. lgs. 216/2017), voluto dalla riforma Orlando, che regola l'uso del captatore installato su dispositivi mobili ai soli fini dell'intercettazione di comunicazioni tra presenti.

In particolare, la legge ammette l'utilizzazione dei trojan anche per i reati comuni, oltre che per quelli di criminalità organizzata e terrorismo, operando la seguente distinzione: per i primi il trojan si può utilizzare solo in luoghi diversi da quelli ex art. 614 c.p. (ovvero di privata dimora, a meno che non sia in corso attività criminosa), e si dovranno perciò indicare i luoghi e i tempi in cui dovrà attivarsi da remoto il microfono; al contrario, per i reati di criminalità organizzata e con finalità di terrorismo non sono necessarie queste limitazioni ed il captatore ha un uso, di fatto, ubiquitario. La legge “Spazzacorrotti” ha poi esteso l'uso senza limitazioni dei trojan anche ad alcuni reati contro la P.A. (ossia i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni).

L'attuale normativa, però, regola appunto solo l'esecuzione di intercettazioni audio tramite captatore, attivando il microfono del dispositivo aggredito. Manca una disciplina che contempli tutte le potenzialità intrusive ed investigative dello strumento.

Tuttavia, questo vuoto normativo non ha escluso che il captatore potesse comunque essere utilizzato per altre attività investigative, anzi. Nell'impossibilità di assimilarlo ai mezzi di ricerca della prova tradizionali, la giurisprudenza lo ha talvolta ricondotto al concetto di “prova atipica” ex art. 189 c.p.p., come nel caso delle perquisizioni da remoto.¹⁵²

¹⁵¹ R. DE VISA- A. LAUDISA, *Vita digitale a rischio. I captatori informatici tra pericoli per i diritti umani e riduzionismo giuridico*, Osservatorio Cyber Security dell'Eurispes, 2019, pp. 5 e 6

¹⁵² Cass., S.U., 28 aprile 2016, sent. n. 26889

Questa scelta, oltre ad essere stata criticata da numerosi studiosi¹⁵³, impone in maniera ancora più urgente la necessità di disciplinare il captatore in via globale e dal punto di vista tecnico, non solo dal punto di vista giuridico e rispetto alle singole funzionalità prese in considerazione.

Intercettazioni ambientali e captatore informatico hanno, dunque, un minimo comun denominatore che risiede nel fatto che entrambi “controllano” uno spazio ben più ampio della vita privata dei soggetti intercettati rispetto alla semplice intercettazione telefonica o una semplice registrazione effettuata da un privato.

Tali strumenti, utilizzati dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini, entrano (o meglio dovrebbero entrare) nelle abitazioni e nelle vite private con le dovute cautele previste per la salvaguardia dei diritti costituzionalmente garantiti.

Spesso la necessità della loro utilizzazione spinge gli inquirenti oltre il confine della legalità, anche perché vi sono, come si è visto, enormi lacune normative in merito.

3.3 Introduzione alle problematiche legate allo sviluppo di nuove tecnologie

Gli strumenti a disposizione della Polizia giudiziaria devono necessariamente star al passo con lo sviluppo e l’evoluzione della tecnologia, di cui chiunque può servirsi, per far fronte alle esigenze investigative in modo ottimale.

A tal proposito, si sottolinea che sono sempre più diffusi strumenti che possono captare, anche all’insaputa del proprietario stesso, conversazioni e comunicazioni in modo assai invasivo, forse ancor più degli strumenti fin qui esaminati: i dispositivi dotati di Intelligenza Artificiale; ovvero strumenti in grado di penetrare la riservatezza dei soggetti che ne dispongono, poiché essi sono programmati per il c.d. apprendimento automatico.

¹⁵³ Per una critica sintetica e penetrante, v. L. FILIPPI, *L’ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in Arch. pen., 2016, n. 2, p. 348.

L'apprendimento automatico (o più noto come *machine learning*) è un'applicazione di artificiale intelligenza (AI), che fornisce ai sistemi la capacità di imparare e migliorare l'esperienza senza essere esplicitamente programmato automaticamente. Esso si concentra sullo sviluppo di programmi per computer in grado di accedere ai dati e utilizzarli per apprendere da soli.

Il processo di apprendimento inizia con osservazioni o dati, come esempi, esperienza diretta o istruzioni, al fine di cercare modelli nei dati e prendere decisioni migliori in futuro sulla base degli esempi formati. L'obiettivo principale è consentire ai computer di apprendere automaticamente senza intervento o assistenza umana e regolare le azioni di conseguenza.

Utilizzando i classici algoritmi dell'apprendimento automatico il testo viene considerato come una sequenza di parole chiave; invece, un approccio basato sull'analisi semantica imita la capacità umana di comprendere il significato di un testo.

Uno dei più diffusi tra tali strumenti è l'assistente digitale (o *smart assistant*).

Esso è un programma che interpreta il linguaggio naturale tramite algoritmi di intelligenza artificiale ed è in grado di dialogare con gli esseri umani al fine di soddisfare diversi tipi di richieste (ad esempio: rispondere direttamente a richieste di informazioni, fare ricerche su Internet, ricercare e indicare percorsi stradali, ecc.) o compiere determinate azioni (ad esempio: fare un acquisto online, regolare la temperatura o l'illuminazione di un'abitazione, chiudere o aprire serrature di case o automobili intelligenti, attivare elettrodomestici come la lavatrice, ecc.).

Questa tecnologia è ormai molto diffusa e viene installata su vari dispositivi (la troviamo nei nostri smartphone, nelle auto, nelle case sotto forma di "altoparlanti intelligenti").

Gli assistenti digitali possono raccogliere e memorizzare una grande quantità di dati personali, non solo relativi all'utilizzatore diretto, ma a chiunque si trovi nello stesso ambiente, riguardanti, ad esempio: scelte, preferenze e abitudini relative a stili di vita, consumi, interessi, ecc.; caratteristiche biometriche, come ad esempio quelle della voce e del volto, se dotati di videocamera; geolocalizzazione (posizione, percorsi abituali o frequenti, domicilio, indirizzo del posto di lavoro, ecc); numero e

caratteristiche (età, sesso, ecc.) delle persone che si trovano nell'ambiente in cui operano; stati emotivi.

È quindi opportuno cercare di fare un uso informato e consapevole di questi strumenti, per tutelare in modo adeguato i propri dati personali e quelli di tutte le persone che entrano, volontariamente o meno, nel campo di azione degli assistenti digitali.

CAPITOLO III

LE NUOVE TECNICHE DI CAPTAZIONE DI COLLOQUI: IL LORO AMBITO APPLICATIVO E LA CORRISPONDENTE DISCIPLINA.

1. *Sviluppo di nuove tecnologie legate alla captazione di colloqui*

Lo sviluppo di nuove tecnologie sta influenzando sempre più sulle modalità di comunicazione tra privati e di conseguenza sulle nuove modalità di intercettazione.

Il semplice fatto che le persone, ad oggi, possano comunicare con strumenti nuovi e sempre di più sofisticata tecnologia, comporta che il nostro sistema giudiziario sia in grado di far fronte a tali innovazioni e dotarsi di strumenti di indagine altrettanto avanzati.

Hanno già fatto ingresso, nel sistema delle indagini, strumenti di captazione sempre nuovi, legati all'evoluzione tecnologica, idonei ad apportare al processo un contributo importante ai fini dell'accertamento probatorio. Tali strumenti investigativi hanno allargato i tradizionali confini delle intercettazioni, dando origine ad *“un sistema probatorio a struttura flessibile”*¹⁵⁴.

Ad oggi esistono microfoni direzionali molto sensibili, microspie elettroniche praticamente invisibili nonché i c.d. “cannoni laser” da cui parte un raggio invisibile che, raggiunto l'obiettivo, trasforma in modulazioni le microvibrazioni del vetro e rimbalza per arrivare ad una struttura ricevente che decodifica gli impulsi e riproduce il dialogo originale.¹⁵⁵

¹⁵⁴ E. AMODIO, *Liberò convincimento e tassatività dei mezzi di prova, un approccio comparativo*, in Riv. It. dir. e proc. pen., 1999, p. 6

¹⁵⁵ A. CAMON, “Le intercettazioni nel processo penale”, Giuffrè, Milano, 1996, p. 8

Queste tecnologie hanno trasformato le classiche modalità di esecuzione delle intercettazioni ambientali, dando vita a nuove figure probatorie non sempre identificabili con le medesime.

Questo affermarsi di sempre nuovi strumenti di prova determina nel diritto la difficoltà di adattarsi e la tendenza ad utilizzare il paradigma dell'atipicità; si evita, così, d'inquadrarli nei mezzi di ricerca della prova regolati dal legislatore e di estendere i presupposti di applicabilità per essi stabiliti.

Il Codice di procedura penale, come si è già visto, nonostante la repentina evoluzione dei sistemi tecnologici, prevede ancora modalità autorizzative ed esecutive delle intercettazioni di carattere generale, che dovrebbero essere rispettate perché possa ritenersi salvaguardata la legittimità della captazione.

Bisogna comprendere se determinate tecnologie moderne, oggi in uso, rispettino i requisiti che identificano il concetto di "intercettazione"; se richiedano procedimenti autorizzativi particolari; se possano costituire validi strumenti di acquisizione legittima di conversazioni.

È soprattutto controverso se l'evoluzione tecnologica sia idonea a trasformare la norma processuale; se la tecnica si evolve, il dato normativo diviene inadeguato con il conseguente rischio di lesione delle garanzie individuali.

Nell'art. 266 c.p.p., la dicitura "*altre forme di telecomunicazione*" rappresenta una clausola aperta, con una notevole capacità di adattamento ai nuovi mezzi di intercettazione. Nonostante ciò, è difficile applicare a tecniche inconsuete una normativa creata per forme di captazione tradizionale. Il legislatore, comunque, ha sempre stabilito regole ben precise al fine di evitare l'introduzione di nuovi mezzi probatori, talvolta pericolosi per i diritti costituzionali.¹⁵⁶

Di particolare interesse è la diffusione di nuovi strumenti, frutto dello sviluppo delle nuove tecnologie e dell'intelligenza artificiale: gli assistenti digitali.

I più diffusi tra quest'ultimi sono proprio gli altoparlanti intelligenti o *smart speakers*. In questo caso, non ci si trova più di fronte alle classiche situazioni in cui gli

¹⁵⁶ S. MARAMAO, cit., p.91

interlocutori di un colloquio sono persone fisiche, ma si tratta piuttosto di una particolare conversazione tra un soggetto umano ed un dispositivo dotato di intelligenza artificiale.

Tutto ciò ha delle conseguenze sul piano processuale, e più in particolare su quello probatorio, poiché le situazioni finora analizzate riguardano registrazioni di conversazioni tra privati “in carne ed ossa”. Per tali situazioni, come si è analizzato, si riscontrano già lacune normative che la giurisprudenza ha tentato di colmare secondo i canoni esistenti nel nostro ordinamento.

La disciplina della captazione di colloqui tra privati, se venisse considerata come conversazione tra un soggetto persona fisica ed una “macchina intelligente”, comporterebbe una nuova e specifica verifica della sua compatibilità con la salvaguardia dei diritti costituzionalmente tutelati, nonché con l'utilizzabilità di tale captazione sul piano probatorio.

Per comprendere e tentare di dar soluzione a tali problematiche è necessario considerare il fenomeno nella sua interezza.

2. Ambito applicativo degli smart speakers

2.1 Definizione e funzionamento

Lo *smart speaker* o altoparlante intelligente, è un dispositivo hardware con alcune caratteristiche specifiche: una cassa audio, un microfono, una connessione Wi-Fi e un sistema software di intelligenza artificiale (AI¹⁵⁷).

Il nucleo del dispositivo è il software di AI che lo comanda, il noto assistente vocale. L'assistente vocale, basato su intelligenza artificiale e *machine learning*, consente al

¹⁵⁷ Acronimo di “*Artificial Intelligence*”

dispositivo di comprendere il linguaggio naturale umano e di conseguenza compiere delle azioni.

La sua caratteristica principale è proprio la capacità di comprendere e comunicare con linguaggio naturale. Grazie all'ausilio dell'intelligenza artificiale, questi dispositivi rendono possibile l'utilizzo di *device* digitali anche per chi non possiede capacità di lettura e scrittura o per chi non ha l'opportunità di utilizzare Internet.

Gli *smart speakers* sono, dunque, veri e propri assistenti, in grado di facilitare lo svolgimento di alcune attività in ambiente domestico o lavorativo.¹⁵⁸

Considerando che ogni utente sul mercato ricerca continuamente semplicità e rapidità, effettuare acquisti online con i soli comandi vocali è decisamente una prospettiva di sviluppo da considerare.

Ai fini di comprendere fin in fondo la diffusione tra i privati di tali dispositivi, è necessario menzionare due importanti caratteristiche che ne hanno incrementato la crescita delle vendite: intelligenza ed economicità.

Il mercato degli *smart speakers* ha registrato una crescita del 187% esclusivamente nell'ultimo trimestre dell'anno 2018. Questi dati¹⁵⁹ ben evidenziano le potenzialità senza paragoni di questi dispositivi.

A tal proposito, molti esperti di settore sostengono che gli assistenti vocali rappresentino la nuova frontiera della comunicazione, soprattutto in ambito business.

Tra i più diffusi *smart speakers* sul mercato internazionale troviamo "Alexa", prodotta da Amazon, nota azienda di commercio elettronico, e "Google Home" prodotto da Google, società tecnologica multinazionale americana specializzata in servizi e prodotti relativi a Internet.

¹⁵⁸ "La crescente base installata di altoparlanti intelligenti è un'opportunità per creare nuovi modelli di business e generare profitti oltre i servizi di streaming di contenuti musicali e audio", ha affermato Jason Low, analista senior di Canalys, nel 2019. "Gli assistenti intelligenti stanno diventando un canale per offrire servizi, come vita assistita, assistenza sanitaria e servizi governativi. Gli altoparlanti intelligenti e i display intelligenti sono categorie di dispositivi relativamente nuove per le entità di servizi e i fornitori di piattaforme hanno la responsabilità di garantire che i partner e gli sviluppatori sappiano come utilizzarli e i loro assistenti intelligenti per ottenere il massimo valore da ogni interazione con gli utenti finali".

¹⁵⁹ Dati presentati dalla nota società di analisi di mercato 'Canalys'

2.2 Rapporto con il diritto alla tutela della riservatezza

Gli *smart speakers*, in un'ottica di tutela della privacy, possono essere considerati una concreta minaccia per quest'ultima, soprattutto considerando la grande diffusione di tali dispositivi ad uso domestico.

Si ritiene opportuno considerare a tal proposito che, per attivare l'assistente digitale o le eventuali applicazioni di gestione è necessario registrarsi fornendo dati personali. Al momento della registrazione viene allegata l'informativa sul trattamento dei dati personali, che deve sempre essere disponibile, ad esempio sul sito dell'azienda che offre il servizio o nella confezione del dispositivo in cui è installato lo *smart assistant* (*smartphone*, altoparlante intelligente, ecc.).

In particolare, è importante cercare di comprendere quali e quante informazioni saranno acquisite direttamente dall'assistente digitale (ad esempio, tramite microfono e/o videocamera); come potrebbero essere utilizzati o trasferiti a terzi i dati raccolti (solo per far funzionare lo strumento o anche per altre finalità); chi e come potrebbe ricevere i dati raccolti e se sono possibili, per qualsiasi ragione, accessi "in diretta" al microfono e alla videocamera dello *smart assistant* da parte di addetti della società che lo ha prodotto o della società che gestisce i servizi offerti dallo *smart assistant* e dove sono conservati questi dati e per quanto tempo.

Quando è acceso ma non viene utilizzato, l'assistente digitale è in uno stato detto di *passive listening*, una sorta di "dormiveglia" da cui esce non appena sente la parola di attivazione che abbiamo scelto.¹⁶⁰

Il Garante per la protezione dei dati personali consiglia, inoltre, di adottare alcune misure precauzionali al fine di tutelare i propri dati. Ad esempio, (se è consentito) è bene scegliere con cura la parola di attivazione ed evitare parole di uso frequente (nomi di persona o di oggetti di uso quotidiano) che possono causare, qualora captate, attivazioni involontarie dello *smart assistant*; è opportuno, inoltre, ricordare che, durante il *passive listening*, l'assistente digitale è potenzialmente in grado di "sentire"

¹⁶⁰ Garante per la protezione dei dati personali, *Assistenti digitali (smart assistant): i consigli del Garante per un uso a prova di privacy*, scheda informativa, 2020, p.3

(tramite il microfono del dispositivo su cui è installato) ed eventualmente anche di “vedere” (tramite la videocamera del dispositivo su cui è installato) tutto quello che diciamo e facciamo.

Questi dati possono anche essere memorizzati e inviati a terzi, o comunque possono essere conservati non sul dispositivo, ma su server esterni.

Per evitare ogni possibile acquisizione e trasmissione non desiderata di dati, quando non si usa l’assistente digitale (ad esempio la notte, quando non si è in casa, ecc.), si può: (se è consentito) decidere di disattivare il microfono o la videocamera o entrambi gli strumenti; disattivare del tutto l’assistente digitale, oppure spegnere direttamente il dispositivo che lo ospita; quest’ultima è una scelta forse un po’ scomoda, perché comporta il dover riattivare il dispositivo quando necessario, ma può servire a garantire una maggiore protezione della propria riservatezza.

L’assistente digitale è inoltre in grado di svolgere particolari azioni, come inviare messaggi ad altre persone (tramite sms o sistemi di messaggistica), pubblicare contenuti sui social o effettuare acquisti online. A tal proposito, si può decidere dunque di disattivare tali funzioni, o inserire, laddove possibile, una password per autorizzare l’uso solo su specifica richiesta dell’utente.

Gli assistenti digitali, come tutti i dispositivi e servizi che sono parte dell’Internet delle cose (IoT¹⁶¹), non si limitano ad essere in connessione con la rete, ma sono anche in grado di “dialogare” con altri dispositivi IoT. Questa capacità amplifica la possibilità di raccolta, incrocio dei dati e diffusione di informazioni personali. Ad esempio, gli assistenti digitali con funzioni domotiche possono essere connessi con oggetti e servizi presenti nelle nostre case, dagli elettrodomestici alle smart TV, dalle luci ai sistemi di sicurezza e videosorveglianza.

Si tratta di funzioni che semplificano la vita, perché in questo modo molti oggetti diventano controllabili a distanza con il solo utilizzo della voce. Tuttavia, è sempre bene informarsi con attenzione su come e da chi vengono raccolti, elaborati, conservati ed eventualmente a chi vengono resi accessibili i dati personali.

¹⁶¹ Acronimo della locuzione “Internet of things”; nelle telecomunicazioni è un neologismo riferito all’estensione di Internet al mondo degli oggetti e dei luoghi concreti

Occorre inoltre valutare la disattivazione di alcune funzioni di controllo domotico e l'inserimento di apposite password per controllare l'attivazione o disattivazione dei sistemi, in modo da poter utilizzare lo *smart assistant* con maggiore sicurezza. Si pensi, ad esempio, al rischio eventuale che la voce dell'utente venga in qualche modo captata e clonata da malintenzionati e utilizzata per controllare elettrodomestici o ingressi o sistemi di protezione della casa, oppure per "spiare" l'interno dell'abitazione utilizzando microfoni e videocamere.

2.3 Rischi connessi ad un utilizzo inconsapevole degli smart speaker

La società di sicurezza tedesca SRLabs¹⁶² ha dimostrato quanto sia facile sviluppare app-spia (precisamente l'app "Skill" per Alexa e l'app "Actions" per Google home)¹⁶³ per entrambe le piattaforme di altoparlanti intelligenti e pubblicarle sui rispettivi *store*, con approvazione ufficiale.

SRLabs ha sviluppato in totale otto applicazioni, quattro di intercettazione e quattro di phishing¹⁶⁴: per le prime, si è dimostrato che dietro a funzioni semplici, come la lettura dell'oroscopo e la generazione di numeri casuali, si nascondevano servizi di registrazione/trascrizione di ogni conversazione (e conseguente *upload* presso server designati dallo sviluppatore) captata dai microfoni dei dispositivi; le app di phishing, invece, prima pronunciavano un messaggio di errore generico (per esempio: "la funzione non è supportata nel tuo Paese"), e poco dopo annunciavano la disponibilità

¹⁶² SRLabs è un collettivo di ricerca sull'hacking che lavora su consulenza e progetti interni, nonché strumenti all'avanguardia nella ricerca sulla sicurezza.

¹⁶³ Il termine applicazione o abbreviato "app", in informatica individua un software installato o una serie di software in fase di esecuzione su un computer, con lo scopo e il risultato di rendere possibile una o più funzionalità, servizi o strumenti utili e selezionabili su richiesta dall'utente tramite interfaccia utente, spesso attraverso un'elaborazione a partire da un input fornito dall'utente interagendo con esso.

¹⁶⁴ Nell'ambito dei cyber crimes, definiti dalla Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 23.11.2001 (ratificata dall'Italia con l. n. 48/08) come "ogni tipo di violazione penale commessa per mezzo, con l'ausilio e/o avente ad oggetto un sistema o programma informatico", si colloca il c.d. phishing, ovvero un tentativo di truffa che: "attraverso vari stratagemmi (o attraverso fasulli messaggi di posta elettronica, o attraverso veri e propri programmi informatici ed malware) un soggetto riesce ad impossessarsi fraudolentemente dei codici elettronici (user e password) di un utente, codici che, poi, utilizza per frodi informatiche consistenti, di solito, nell'accedere a conti correnti bancari o postali che vengono rapidamente svuotati" (Cass. Sez. Pen. n. 9891/2011.)

di un aggiornamento di sistema per il dispositivo, imitando la voce degli assistenti ufficiali, ovvero “Google Assistant” e “Amazon Alexa”. Pronunciando "Inserisci la tua password per avviare l'installazione", l'account risultava compromesso.

Negli *smart speakers*, dunque, l'utente ha molti meno elementi per individuare una truffa rispetto a uno smartphone o un computer. Anche per i più esperti, capire che la trascrizione è rimasta attiva anche dopo che la *skill* ha apparentemente finito la sua interazione è difficile.

Fatto ancor più grave è che tutte le app sono state approvate da Google e Amazon, dimostrando quanto possa essere facile per un malintenzionato aggirare i controlli ufficiali.

Naturalmente SRLabs, che nel frattempo ha rimosso le app dagli *store*, ha riportato privatamente l'accaduto ("autodenunciandosi", quindi, in un certo senso) ad Amazon e Google, i quali hanno provveduto a rinforzare i controlli e implementare delle mitigazioni per i *bug* sfruttati.¹⁶⁵

Dal punto di vista tecnico, può essere considerata un'operazione molto semplice, per un hacker, quella di irrompere nella sfera della privacy di un utilizzatore di *smart speaker*. È possibile, infatti, richiedere dati sensibili come la password dell'utente da qualsiasi app vocale e ascoltare le conversazioni dopo che un utente crede di aver interrotto l'app vocale. Per ottenere ciò, i ricercatori¹⁶⁶ hanno elaborato una strategia leggermente diversa per ciascuna delle piattaforme di altoparlanti vocali, simulando un possibile “attacco” di un hacker al dispositivo.

È stato dimostrato che per i dispositivi prodotti da Amazon (“Alexa”), la registrazione vocale viene avviata dall'utente nel momento in cui pronuncia determinate parole di attivazione, come scelto dallo sviluppatore di “Skill”. Ciò consente di scegliere parole comuni o parole che indicano alcune informazioni personali, ad esempio "email", "password" o "indirizzo".

¹⁶⁵ F. BRÄUNLEIN (@breakingsystems) - L. FRERICHS, *Smart Spies: Alexa e Google Home espongono gli utenti a vishing e intercettazioni*, laboratori di ricerca sulla sicurezza, 2019, pp. 1 e 2

¹⁶⁶ F. BRÄUNLEIN (@breakingsystems) - L. FRERICHS, *ult. cit.*, p. 6

Sui dispositivi “Google Home” l'attività di hackeraggio risulta ancora più invasiva, poiché non è necessario specificare determinate parole di attivazione e l'hacker può monitorare le conversazioni dell'utente all'infinito. Ciò si ottiene inserendo l'utente in un ciclo in cui il dispositivo invia costantemente un discorso riconosciuto al server dell'hacker mentre emette solo brevi silenzi intermedi. s

3. RegISTRAZIONI tramite Smart Speaker

3.1 Attivazione di registrazione accidentale

Il grande rischio legato ad un utilizzo inconsapevole degli *smart speaker*, nonché di maggior interesse ai fini della trattazione, risulta essere quello connesso alla possibilità di attivazioni di registrazioni accidentali.

A tal proposito, un gruppo di ricercatori della Northeastern University e dell'Imperial College di Londra¹⁶⁷ ha condotto un interessante e recentissimo studio su alcuni dei più popolari *smart speakers* sul mercato, al fine di capire quando si attivano erroneamente, col rischio di registrare le nostre conversazioni.

Nell'introduzione della ricerca, i ricercatori si pronunciavano in tal senso: *“Negli ultimi sei mesi, il nostro team ha condotto ricerche per andare oltre i racconti aneddotici attraverso l'uso di esperimenti ripetibili e controllati al fine di fare luce su ciò che induce gli assistenti vocali ad attivarsi e registrare erroneamente”*. *“Gli obiettivi principali della nostra ricerca sono di rilevare se, come, quando e perché gli altoparlanti intelligenti registrano inaspettatamente l'audio dal loro ambiente. Ci interessa anche capire se è possibile rilevare tendenze basate su determinate parole non di attivazione, tipo di conversazione, posizione e altri fattori”*.

¹⁶⁷ D. J. DUBOIS (Northeastern University), R. KOLCUN (Imperial College London), A. M. MANDALARI (Imperial College London), M. TALHA PARACHA (Northeastern University), D. CHOFFNES (Northeastern University), H. HADDADI (Imperial College London), *Quando gli altoparlanti sono tutte le orecchie. Capire quando gli altoparlanti intelligenti registrano per errore le conversazioni*, Studio sugli altoparlanti intelligenti (pets20), 2020

Per raggiungere lo scopo, i ricercatori hanno esposto gli *smart speakers*, e precisamente “Google Home Mini” di prima generazione, “Apple Homepod” di prima generazione, “Harman Kardon Invoke” con a bordo Microsoft Cortana e gli “Amazon Echo Dot” di seconda e terza generazione, a 125 ore di dialoghi controllati e replicabili presi da diverse serie TV di Netflix. Tutti i dispositivi erano inseriti in un ambiente controllato, in cui era presente una videocamera per rilevare l’attivazione degli smart speaker, un microfono per individuare la risposta a eventuali ordini involontari e un *wireless access point* per registrare tutto il traffico di rete tra i dispositivi e Internet.

Dai primi risultati emerge che nessuno degli altoparlanti intelligenti registra in maniera continuativa, ma la media delle attivazioni accidentali si aggira tra 1,5 e 19 volte al giorno (inteso come 24 ore). I dispositivi col maggior numero di attivazioni sono risultati essere l’Apple HomePod e l’Harman Kardon Invoke con Cortana, seguiti dall’Amazon Echo Dot seconda serie, dal Google Home Mini e dall’Amazon Echo Dot di terza generazione. In ogni caso nessuna delle attivazioni si è rivelata consistente, ossia ripetibile con prevedibilità. Secondo i ricercatori *“ciò potrebbe essere dovuto a una certa casualità nel modo in cui gli altoparlanti intelligenti rilevano le parole di attivazione, oppure al fatto che gli altoparlanti intelligenti siano in grado di apprendere dagli errori precedenti e cambiare il modo in cui rilevano le parole di attivazione”*.

In generale, non ci sono state serie TV che non hanno mai causato attivazioni. Ogni serie TV ha causato almeno un’attivazione in ogni smart speaker e le due che ne hanno causate di più in assoluto sono state quelle che contengono mediamente una maggior quantità di dialoghi, cosa che sembrerebbe indicare, almeno in parte, che il numero di attivazioni sia correlato con la quantità di dialoghi.

In ogni caso, tutte le attivazioni sono state abbastanza lunghe da poter registrare accidentalmente brani di conversazioni sensibili, con la durata minore dell’attivazione che ha raggiunto o superato i 6 secondi, fino a raggiungere un tempo compreso tra i 20 e i 43 secondi, da parte dell’Amazon Echo Dot di seconda generazione e dell’Harman Kardon Invoke.

Tra i “risultati chiave” della ricerca in questione, è necessario menzionare, innanzitutto, quello di aver riscontrato evidenze sul fatto che, gli altoparlanti

intelligenti (in lingua inglese) si attivano di più quando sono esposti a dialoghi poco chiari, come una lingua straniera o discorsi confusi. Ciò suggerisce che gli utenti che non parlano inglese chiaramente o che sono più lontani (volume della voce inferiore), potrebbero avere un rischio aggiuntivo di attivare involontariamente il dispositivo.

Altro risultato chiave è il dato riscontrato in diversi casi di attivazioni perduranti: il 10% delle attivazioni durava almeno dieci secondi per l'Homepod, nove secondi per Google Home Mini e otto secondi per Echo Dot di seconda generazione con parola di attivazione "Echo". Anche la metà delle attivazioni per Homepod ed Echo Dot di seconda generazione (parole di attivazione di "Alexa" e "Computer") sono durate almeno quattro secondi. Durante gli esperimenti, sono stati rari i casi di attivazioni della durata fino a quarantatré secondi; tuttavia, tali casi che sono apparsi anche nei risultati preliminari, rappresentano situazioni che si sono verificate solo in un singolo esperimento, e quindi è stato deciso di considerarli come valori anomali.

Alla luce di quest'esperimento, è chiaro che il dispositivo possa essere attivato in modo accidentale, ascoltando ed apprendendo anche nuove parole che in un determinato momento fungono da "parola di attivazione" o *wake up word*, dunque una sorta di falso positivo.

Si può riflettere, a questo punto, sulla possibilità di considerare una registrazione di questo tipo, effettuata appunto da parte dello *smart speaker* in modo del tutto fortuito, come una sorta di registrazione effettuata 'all'insaputa dell'interlocutore', come si vedrà meglio nel prosieguo.

Bisogna tener presente, però, che in questo caso, a differenza di ciò che è stato considerato nel II capitolo per le registrazioni "classiche", la registrazione accidentale risulterebbe pervenire da un soggetto esterno alla conversazione, quale appunto lo *smart speaker*.

Questa riflessione risulta di fondamentale importanza ai fini della corretta classificazione e individuazione della corrispondente disciplina delle registrazioni effettuate dagli altoparlanti intelligenti.

La questione tuttavia resta aperta, e prima di tentare di dare una possibile soluzione sistematicamente applicabile al nostro ordinamento, è opportuno considerare l'esperienza giuridica transfrontaliera.

3.2 Le registrazioni tramite smart speaker nell'esperienza giuridica transfrontaliera

Il primo esempio è del novembre 2015 in Arkansas, quando James Bates è stato accusato dell'omicidio di primo grado del suo amico Victor Collins, trovato nella sua vasca idromassaggio. I documenti del tribunale ottenuti dalla stampa affermano che Collins è morto per strangolamento, con annegamento come causa secondaria. Bates affermava di essere innocente e di trovarsi a letto quando Collins e un altro amico erano nella sua vasca idromassaggio. Bates ha dichiarato inoltre di aver chiamato lui stesso la polizia quando si è svegliato la mattina dopo, al momento del ritrovamento del corpo di Collins.

Amazon, con riferimento a questo caso, ha consegnato le registrazioni solo dopo che i legali di Bates avevano dato il consenso. I pubblici ministeri hanno affermato che le registrazioni non contenevano prove e quindi il giudice alla fine ha fatto cadere le accuse contro Bates.¹⁶⁸

Un altro caso è stato un doppio omicidio a Farmington, in California, in cui due donne, Christine Sullivan e Jenna Pellegrini sono state accoltellate da Timothy Verrill nel 2017. Il suo processo si è concluso con un errore giudiziario dopo le rivelazioni a metà del processo, secondo cui gli investigatori della "Major Crime Unit" della Polizia di Stato del New Hampshire non sono riusciti a consegnare tutto delle loro prove a discarico, alcune delle quali riguardavano dichiarazioni di testimoni sul fidanzato di Sullivan, Dean Smoronk, che avrebbe voluto ucciderla. Il giudice del New Hampshire, in questo caso, ha ordinato ad Amazon di fornire registrazioni dal dispositivo.

La ratio è sempre la stessa: secondo gli inquirenti, gli inquilini potrebbero avere attivato inavvertitamente Alexa (pronunciato le *wake up words*), che quindi potrebbe

¹⁶⁸ F. ZAMBONIN, *Alexa testimone in un caso di omicidio*, Il tuo legale, 2019, p.1

aver registrato voci e rumori significativi; tali file audio sono poi archiviati sul cloud di Amazon.

In un altro caso, il dipartimento di polizia di Harrandale Beach, in Florida, che sta investigando sulla morte di Silvia Galva, 32 anni, trafitta da un'oggetto contundente e trovata senza vita ai piedi del letto della propria camera nel luglio del 2019, ha chiesto e ottenuto dal colosso dell'e-commerce le registrazioni raccolte dal dispositivo "Amazon Echo" presente nella camera della vittima.

Gli investigatori sperano in questo modo di riscontrare gli elementi probatori necessari per dimostrare la colpevolezza del marito, Adam Reecharde Crespo, 43 anni, che ha per adesso riferito che si è trattato di un incidente.

Secondo la ricostruzione dei fatti, Crespo ha raccontato alla Polizia di aver avuto un litigio con Silvia il 12 luglio. Tutti e due avevano assunto alcolici. Nel corso del litigio Crespo ha riferito di aver trascinato la donna giù dal letto prendendola per le caviglie. Ai piedi del letto c'era però una lancia tagliente, che Galva ha afferrato. Crespo a quel punto si è allontanato ma poco dopo ha sentito uno strano rumore e quando si è girato Galva era stata trafitta dalla lancia al petto. Crespo, secondo la sua ricostruzione, è a quel punto intervenuto e ha rimosso la lancia augurandosi di poter evitare il peggio. Una ricostruzione che non convince la Polizia, che spera di poter ricostruire la verità sull'accaduto con l'aiuto prezioso di "Alexa".

Malgrado la possibilità che il dispositivo non fosse in fase di ascolto, gli inquirenti sperano che la "finestra audio", successiva alla pronuncia della parola "Alexa", sia sufficientemente ampia, in modo da offrire un quadro dell'accaduto. Le autorità confidano anche nel fatto che ben pochi utenti sono a conoscenza della possibilità di cancellare le registrazioni vocali del dispositivo, un'operazione che comunque ad oggi presenta zone d'ombra.

Gli inquirenti sono convinti, dunque, che lo *smart speaker* che permette di utilizzare l'assistente vocale di Amazon, Alexa, potrebbe essere testimone dei fatti, e si è quindi ottenuto un mandato di perquisizione per analizzare le registrazioni del dispositivo.¹⁶⁹

¹⁶⁹ F. ZAMBONIN, ult. cit., p.2

Stando alle ultime notizie, questi dati sarebbero in fase di analisi, ma né la società, né la Polizia si sbilanciano sul loro contenuto. Sembrerebbe, però, che l'assistente vocale abbia registrato tutto quello che i due si sono detti, compresi i rumori ambientali. Per questo potrebbe essere proprio "Alexa", in tribunale, a definire se condannare definitivamente Adam Crespo (intanto uscito di prigione dietro il pagamento di una cauzione di 65mila dollari) oppure scagionarlo.¹⁷⁰

Sebbene sia stato dichiarato che Alexa, in condizioni normali (cioè quando non viene attivata chiamandola per nome) non registri niente, paradossalmente è anche vero che, rimanendo in *stand-by* in attesa della nostra chiamata, stia pur sempre "ascoltando".

Questa sorta di ascolto passivo sarebbe l'unico modo, del resto, per arrivare alle intercettazioni ambientali del caso di omicidio in questione, in quanto è difficile che durante la colluttazione (o l'incidente) uno dei due coniugi abbia invocato il nome di "Alexa".

3.3 Diversità di sistemi probatori. Stati Uniti ed Italia a confronto

Qualsiasi sistema penale si configura sostanzialmente come un complesso di norme di comportamento volte a regolare i rapporti sociali attraverso un meccanismo che aspira ad esercitare un controllo sulla criminalità. I modi di tale controllo sono variabili dipendenti dal tempo, dallo spazio, dai rapporti e dalle società prese in considerazione. Il processo penale è quindi suscettibile di diverse definizioni, valutazioni e critiche e soprattutto di diversi risultati a seconda degli strumenti di giudizio utilizzati; tenuto conto del fatto che la procedura stessa oggetto di esame può assumere schemi e forme diverse. Una valutazione esaustiva del processo penale, per tanto, non può prescindere da un'indagine preliminare del modello di appartenenza e della sua applicazione, posto che le categorie astratte possono essere identiche, ma esprimersi diversamente nella pratica.

¹⁷⁰ A. BENVIGNÙ, *Alexa, unica testimone di un omicidio. E (legittime) domande sulla nostra privacy*, Nera-Mente, 2020, p.2

Un sistema processuale penalistico può, ad esempio, avere come scopo principale quello della ricerca della verità, un altro può invece ritenere rilevante il "modo" di risoluzione della lite, mettendo in secondo piano l'aspirazione ad una ricostruzione veritiera dei fatti.

Il processo italiano focalizza, come essenziale per una decisione giusta, l'accertamento della verità; il sistema di Common Law, al contrario, si dimostra più propenso ad assicurare un "Fair Trial", ossia regole del gioco uguali per le parti e una procedura garante della naturale selezione delle forze.

Tale distinzione d'intenti coinvolge quindi il tipo di sistema, le regole e gli organi del processo, così che acquista senso la distinzione tra modelli processuali apparentemente simili. L'approccio ad un sistema non può accettare superficialmente le regole che lo caratterizzano come semplici dati di fatto, al contrario, l'esame dovrebbe coinvolgere le scelte politiche, storiche ed economiche, dovrebbe osare e porre le domande sulle premesse e non solo sui risultati evidenti.¹⁷¹

La fisionomia del processo statunitense presenta una caratteristica particolare, per quanto riguarda la divisione delle competenze decisorie nei *jury trial*. L'accertamento dei fatti della causa, la loro valutazione, la determinazione della colpevolezza o al contrario dell'innocenza e di conseguenza l'inflizione di una pena adeguata, sono fasi decisorie che non appartengono completamente né al giudice, né alla giuria.

C'è invero una divisione di competenze tra questi due organi, che rivela un dualismo all'interno del processo. Le parti, a cui spetta l'onere di provare la rilevanza e la fondatezza delle proprie affermazioni, presentano in giudizio un insieme di fatti che determinano diritti, doveri o che producono altre conseguenze specifiche e che hanno come spettatore privilegiato la giuria. È quest'ultima, infatti, che deve essere convinta della dinamica degli eventi e delle posizioni per cui si è dato corso legale alla questione; la giuria è dunque l'organo chiamato ad accertare il fatto (*fact-finder*), la *law of evidence* è lo strumento per tale investigazione.

¹⁷¹ A. P. FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, Tesi di laurea, 1997, p.1

In alcuni casi, si tratterà solo di accertare la realizzazione di fatti di per sé costitutivi di conseguenze legali, secondo una ricostruzione meramente scientifica. In altri casi, la giuria avrà un compito più complesso, dovendo risalire alla verità attraverso un'indagine storica, non potendo il più delle volte desumere la realtà del caso dai meri fatti della causa.

Una volta fissate le situazioni, ossia una volta affermati i fatti e individuate le conseguenze, dichiarando, quindi, l'innocenza o la colpevolezza, spetterà poi al giudice togato di determinare la qualità e la quantità della pena.

Così delineate le competenze del doppio giudizio, il problema si sposta evidentemente sulla presentazione del fatto, essendo questo il punto cardinale del sillogismo che porta poi al giudizio finale. Infatti, il giudizio sul fatto viene condotto secondo una logica di premesse e conseguenze, che devono essere focalizzate e presentate dalle parti.

La procedura di accertamento partirà evidentemente dalla valenza probatoria della prova, in sé; così, ad esempio, verrà valutata l'attendibilità del testimone, per poi procedere all'accertamento dei valori, ossia se quel fatto, ormai considerato come dato certo, si sia verificato per negligenza o in condizioni ragionevoli e scusabili, se sia stato provocato da cause esterne e cogenti o se invece debba essere sanzionato.

Il soggetto che ha adito il tribunale deve quindi soddisfare due aspetti: deve provare il fatto e deve provare che la conseguenza legale, a cui aspira, sia applicabile. In un senso, entrambe queste finalità sono fatti, ovvero fenomeni, d'altronde però, la seconda di tali aspirazioni sembra assimilabile maggiormente ad una questione di puro diritto. In questo senso, quindi, la giuria certamente è tenuta ad accertare il fatto, nel senso di una mera valutazione gnoseologica degli eventi, così come si sono verificati nello spazio e nel tempo, ma è innegabile, comunque, una certa competenza anche di diritto e di interpretazione delle previsioni di legge.

Il contesto dell'indagine sul fatto a cui è tenuta la corte è il *Trial*, inteso come dibattito condotto secondo lo stile *adversary*, in cui, quindi, la ricostruzione subisce la contesa tra posizioni interessate e parziali; dove la giuria deve valutare una verità che non è oggettiva, bensì soggettiva e individuale.

Le prove presentate vengono calibrate in quanto a valenza e peso, dal continuo scontro tra le parti e dall'apprezzamento fattone dai giurati. Questi ultimi sono infatti consapevoli di partecipare ad un accertamento parziale, necessariamente limitato al caso; non possiedono che soffuse e ridotte informazioni legali, essendo completamente assorbiti dalle prove e dalla presentazione del caso specifico che, devono giudicare, secondo una attività di cognizione suscettibile di errore e secondo l'esercizio di poteri valutativi suscettibili di abuso.

La giuria strutturerà la sua decisione su ciò che gli viene mostrato in aula, su ciò che ascolta, vede e percepisce; quindi, anche attraverso un coinvolgimento emotivo e psicologico.

Considerando ora l'alta probabilità della testimonianza di uno *smart speaker* nel processo per l'omicidio di Silvia Galva, e i molti altri processi in cui si ricorrerà a tale strumento, si deve tenere presente che il racconto in aula di un fatto esprime uno tra gli aspetti più caratterizzanti del processo penale statunitense.

Posto che la sua valutazione non è solo espressione di regole di diritto, nel caso specifico di *rules of evidence*, ma anche del legame tra il quotidiano, tra il giudizio sociale e la giustizia formale, tra una comunicazione più palpabile ed individualizzata ed una più oscura.

Una tale organizzazione procedurale, evidentemente, permette di interpretare e stimare la realtà attraverso il racconto storico del caso; senza, quindi, che la giustizia diventi un'entità superiore e misteriosa.

La semplicità di questo legame tra il fatto, la sua presentazione in forma di storia e la sua valutazione, sublima la realtà processuale in quanto ad efficacia, e spiega la ragione dell'utilizzo di una giuria laica quale organo giudicante. Quest'ultima, vive infatti la realtà sociale quotidiana e comune, proprio per questo è adatta alla valutazione di prove che riportano un pezzo, un esempio casistico di tale realtà e che, quindi, sono suscettibili di un giudizio secondo la coscienza sociale diffusa. I poteri di interpretazione della storia raccontata in aula devono considerare un ampio spettro prospettico, un numero elevato di informazioni al fine di organizzare e spesso di riorganizzare il fatto, a causa di prove costantemente cangianti.

La trama è assai complessa, specie se si considerano le inevitabili parentesi che vengono aperte durante il giudizio, le sottotesi che si insinuano e che disorientano o le domande parallele all'argomento principale che richiedono, comunque, una verifica, ma che allo stesso tempo complicano l'intreccio del caso.

L'aspirazione del sistema americano è di accertare il fatto attraverso una procedura uniforme e tale, comunque, da permettere a diversi individui per estrazione sociale, sesso, razza, religione e così via, di percepire il caso in modo oggettivo.

I modi di presentazione di un fatto attraverso le prove, spesso, trasformano la realtà, tanto da essere difficilmente riconciliabili con l'idea astratta. L'essere plausibile di una storia deve passare attraverso l'accertamento della giuria, attraverso l'interpretazione, la valutazione delle prove addotte, la loro combinazione e l'alternante critica tra le opposte posizioni sostenute dalle parti. Queste ultime godono, quindi, di una certa libertà in quanto a descrizione e narrazione, specie se il caso deve essere accertato sulla base di prove circostanziali; prove cioè, che sono controllabili e manipolabili perché non definite, né determinanti se considerate singolarmente, ma suscettibili di interpretazioni favorevoli, a seconda dell'abilità nel presentarle e nell'accostarle ad altre prove. La giuria può, quindi, essere ingannata, illusa dal fatto oggetto di giudizio, in quanto la dinamicità del caso non è mai scontata o prevedibile. Per tale ragione, la procedura di accertamento può diventare vittima del sistema più che guida del medesimo; le immagini possono essere stimate in modo fallace, la comunicazione può essere distorta.

Senza cedere a visioni pessimistiche, per altro, resta sempre la sfida ad una diversa interpretazione, ad una nuova storia che emerge da una nuova prova o da una diversa opinione formatasi nel corso del processo.

La trasparenza e fragilità che caratterizzano la realtà non eccedono, per altro, in una sfiducia nella giustizia, anzi, stimolano proprio l'attenzione dell'osservatore perché permettono variazioni continue delle teorie gnoseologiche; permettono di selezionare dati ed elementi di giudizio, sempre nuovi ed imprevedibili, di ridefinire criteri guida e di acquisire le nozioni "mancanti" per comprendere lo spirito del sistema casistico di *Common Law*.

Il sistema probatorio è, però, suscettibile di un discorso più interessante, in quanto a ruolo attivo del giudice. La procedura americana richiede una vigilante presenza del giudice fin dalle prime fasi di raccolta delle prove, senza peraltro spingersi sino ad opprimerlo, coinvolgendolo in modo eccessivo, ovvero senza disperdere energie e attenzioni inutili e senza cedere in quanto a caratteristiche *adversary*.

Il riferimento è alle procedure di raccolta delle prove utilizzate dagli agenti di polizia, quali ad esempio le perquisizioni e i sequestri, che secondo la normativa statunitense, devono essere autorizzate da uno specifico mandato giudiziario.

Il giudice viene direttamente coinvolto o almeno dovrebbe esserlo in astratto, posto che gli viene richiesto di emettere un mandato, che costituisce il benestare alla procedura richiesta in presenza di una "*probable cause*", condizione questa necessaria e sufficiente. È evidente, quindi, che al giudice è richiesta una valutazione circa la sussistenza di tale condizione, preliminare alle attività di polizia, che si rifletterà sul processo stesso, segnandone le sorti.

Nella realtà dei casi, tuttavia, la carenza di organico e, soprattutto l'eccesso di carico lavorativo, limitano il coinvolgimento del giudice che, il più delle volte, rilascia il benestare, senza alcuna indagine sul merito e sulla competenza di tali strumenti di ricerca.

Le prove acquisite entrano quindi nel processo, già segnate da un velo di illegittimità, che, purtroppo, difficilmente verrà rilevato, essendo rari i casi in cui una procedura di polizia, allorché accompagnata da mandato firmato da un'autorità competente, viene rigettata e annullata.

Le prove così raccolte, come anche quelle che derivano da intercettazioni telefoniche, vengono quindi ammesse in relazione ad alcune regole generali e standardizzate. Queste riguardano il soggetto incaricato dell'amministrazione della prova e le caratteristiche della medesima, quali ad esempio pertinenza, proporzionalità, necessità ed infine il rispetto dei canoni di legittimità, fissati in relazione al caso specifico, ai diritti in conflitto, ovvero secondo i criteri propri della materia.

Un altro elemento di prova, su cui il giudice ha un più ampio potere di valutazione, è quello che riguarda il carattere dell'accusato. Generalmente è vietato fare riferimento

al passato o al carattere del soggetto, su cui il giudizio si concentra, sia questo l'imputato, sia un testimone.

Il principio subisce però un'attenuazione, dovuta alla concomitanza con un'altra regola procedurale, quella finalizzata ad accertare la credibilità delle testimonianze, che formano il convincimento dei giurati. In tal senso, è ammesso attaccare la capacità del teste di raccontare la verità, spingendosi sino ai riferimenti a condanne precedenti, relativi alla reputazione sociale e a quei lati del carattere, che si dimostrino pertinenti con l'aspetto della credibilità. Il passato e il carattere del teste entrano quindi nel processo dalla "porta di servizio", ma non sono meno sensazionali.

La procedura, tuttavia, non viene scardinata nei suoi caratteri fondamentali, anzi resiste e tollera solo un certo numero di eccezioni, posto che lo spazio che spetta alla discrezionalità del giudice, in ordine alla gestione delle prove e all'ammissione di mezzi straordinari di ricerca o di convincimento, è ammesso solo se individuato e, quindi, facilmente controllabile.

L'ammissibilità e la rilevanza della prova nel procedimento penale statunitense, in particolare, sono aspetti di cui si occupa principalmente il giudice togato; la credibilità di una prova, invece, viene identificata nel corso del *trial*, alla stregua della verità e della coerenza rispetto agli altri elementi; l'attendibilità si riferisce ad una situazione non propriamente falsa, ma più sfumatamente erronea.

La credibilità di una prova, oltretutto, non deve essere confusa con il "credito" di cui gode il testimone o il soggetto che la presenta, posto che il carattere di questi ultimi non influisce o, per lo meno, non dovrebbe rilevare nel giudizio circa le asserzioni rese in aula.

La verità o falsità di una prova sono qualità intrinseche, nonostante sia innegabile una tendenza a considerare il carattere del teste come sinonimo di credibilità o meno delle asserzioni proferite. La giuria spesso, infatti, non è in grado, per mancanza di abitudine e di professionalità, di distinguere la prova dal soggetto che la produce, scadendo spesso in valutazioni discriminanti ed arbitrarie.

La credibilità dovrebbe essere una qualità oggettiva di un assunto, di un elemento specifico, spesso invece dipende da un preconcetto attuale che inficia la soluzione

potenziale. Le simpatie o antipatie giocano un ruolo determinante nella valutazione probatoria, l'idea di verità individuale, pur se inconsistente, ovvero non percettibile esternamente, può infatti danneggiare o addirittura distruggere a priori la credibilità di un elemento di convincimento.

La fiducia, rispetto al carattere di un testimone, diventa ancora più determinante per le sorti delle prove, qualora su di un medesimo fatto si evidenzino ricostruzioni diverse o addirittura contrarie; l'opzione tra due versioni alternative ed esclusive dipenderà così dalla preferenza accordata al punto di vista più vicino a quello mentale dei giurati, sia che questa scelta abbia il vigore e il sostegno della legge, sia che esprima semplicemente la comodità della concorrenza spontanea delle posizioni.¹⁷²

Tornando, invece, al nostro sistema giuridico, ed in particolare alla disciplina delle prove¹⁷³, si può dedurre che la prova consista nell'atto o documento idoneo a fornire la certezza circa il modo di essere di un fatto relativo al merito del processo (es. innocenza o colpevolezza dell'imputato) ovvero agli aspetti processuali (es. malattia dell'imputato). Infatti, sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinatezza della pena o della misura di sicurezza nonché i fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali e, nel caso vi sia costituzione di parte civile, i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato.

Con il Codice di procedura penale del 1989 è stato introdotto nel nostro ordinamento un sistema processuale di natura accusatoria, cioè incentrato sulla formazione della prova, dinanzi al giudice e nel contraddittorio delle parti.

Più specificatamente, il carattere accusatorio del processo si manifesta nel principio secondo cui le prove sono ammesse su richiesta di parte e solo eccezionalmente di ufficio dal giudice. La richiesta delle parti è sottoposta al giudizio di ammissibilità del giudice.

È proprio dal carattere accusatorio del processo penale italiano che discende la distinzione tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.

¹⁷² A. P. FAVERO, cit., pp. 8 e ss

¹⁷³ Libro III del Codice di procedura penale

Il giudice valuta le prove sulla base del proprio libero convincimento, senza che possano crearsi artificiali gerarchie tra un mezzo di prova e l'altro. Egli è tuttavia, tenuto a dare conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati nella valutazione delle prove, avendo il dovere di scegliere gli elementi probatori più idonei al conseguimento della decisione.

4. Possibili risvolti dell'introduzione di registrazioni mediante smart speaker nel procedimento penale italiano

4.1 Possibile compatibilità con l'applicazione della disciplina della testimonianza

Dall'esperienza giuridica americana e dagli accenni al sistema giuridico statunitense, sul piano probatorio, a confronto con il nostro, emerge chiaramente come gli *smart speaker* stiano sempre più rapidamente facendosi spazio, con un ruolo chiave, nel procedimento penale.

In particolare, ammettere la presenza di uno *smart speaker* sul banco dei testimoni rappresenta un'evidente intenzione di equiparazione tra "macchina intelligente" e persona fisica sul piano dell'ammissibilità della prova testimoniale, poiché il momento di acquisizione di tale prova si tradurrebbe in un vero e proprio esame testimoniale di un dispositivo dotato di Intelligenza Artificiale.

In Italia sarebbe molto difficile, se non utopistico, ad oggi, superare i limiti della disciplina probatoria nel procedimento penale ai fini dell'ascolto di uno *smart speaker* in qualità di testimone. Se un giorno ciò fosse possibile, si finirebbe per scardinare l'intero sistema probatorio, ed in particolare la disciplina della testimonianza, costruita sull'assunto di ascoltare la deposizione di una persona fisica.

Si pensi, ad esempio, all'Art.196 c.p.p. che disciplina la capacità di testimoniare, cioè l'idoneità a ricoprire l'ufficio di testimone. Si considera, pertanto, capace di testimoniare chiunque sia portatore di conoscenze utili ai fini del processo.

È tuttavia possibile che talune “caratteristiche fisiche” (si pensi ad un bambino di età inferiore ad un anno) o “mentali” (si pensi ad un individuo affetto da malattie che abbiano impedito o gravemente ritardato lo sviluppo delle capacità intellettive e/o volitive) del soggetto inducano ad una particolare prudenza in sede di assunzione e, soprattutto, di valutazione della testimonianza. In tal caso, la legge consente al giudice di disporre gli accertamenti opportuni (es. a mezzo di perizia), precisando, comunque, che i risultati di tali accertamenti non sono mai preclusivi dell’assunzione di una prova.

Prevale infatti il principio per il quale, nel rispetto delle regole e dei limiti fissati dall’ordinamento, non esistono aprioristiche preclusioni nell’uso degli strumenti idonei ad accertare i fatti di causa.

Ci si chiede, a questo punto, se mai uno *smart speaker* potrà soddisfare il requisito dell’idoneità ad assumere il ruolo di teste. Non vi è ancora risposta a tale quesito.

Altri forti dubbi, circa tale compatibilità con la disciplina della testimonianza, emergono con riguardo agli obblighi previsti dall’art. 198 c.p.p. primo comma: *l’obbligo di rispondere secondo verità e l’obbligo di presenza*.

Di conseguenza, anche l’applicazione dell’art. 207 c.p.p. sembrerebbe impossibile, poiché se nel corso della deposizione dell’altoparlante intelligente emergessero dichiarazioni *contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite*, il giudice dovrebbe ricordare al teste l’impegno di veridicità da lui assunto. Il medesimo ammonimento viene rivolto dal giudice quando il teste si rifiuti di deporre fuori dai casi previsti dalla legge; se, nonostante tutto, il teste prosegue nell’illegittimo rifiuto, il giudice disporrà *l’immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero* perché proceda *a norma di legge*.

Immaginare una falsa testimonianza resa da un altoparlante intelligente è ancora più difficile, se solo si pensi alla conseguenza di dover esercitare azione penale nei confronti di un dispositivo intelligente. Tutto ciò aprirebbe, comunque, molte altre questioni di più ampia portata.

4.2 Possibile ingresso nel procedimento penale delle registrazioni tramite smart speaker come prova atipica

La prova atipica è prevista all'art.189 c.p.p.: “1. *Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.*”

Tale disposizione è stata pensata dal legislatore del 1989 come “valvola di sicurezza” di cui servirsi per convogliare il progresso scientifico all'interno del processo penale, evitando “*eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive*”¹⁷⁴.

In base ad una prima opinione, l'art. 189 c.p.p. è applicabile esclusivamente ai mezzi di prova e non anche ai mezzi di ricerca della prova, e ciò perché la norma *de qua* prevede un contraddittorio tra le parti e dinanzi al giudice, sulle modalità di assunzione della prova, il che la rende logicamente incompatibile con gli atti di indagine.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria¹⁷⁵ e la giurisprudenza di legittimità, nella sua composizione più autorevole¹⁷⁶, hanno affermato che è ben possibile ipotizzare mezzi di ricerca della prova atipici, attraverso una interpretazione “adeguatrice” dell'art. 189; secondo tale orientamento, qualora l'atipicità riguardi mezzi di ricerca della prova e non mezzi di prova, anziché configurare un contraddittorio anticipato sulla

¹⁷⁴ M. TORRE, *Indagini informatiche e processo penale*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche, 2015, p.99

¹⁷⁵ V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO - V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 296; V. BONSIGNORE, *L'acquisizione di copie in luogo del sequestro: un atto atipico delle garanzie difensive*, in Cass. pen., 1998, p. 1504 e ss.; G. BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in Cass. pen., 2001, p. 2446

¹⁷⁶ Cass., Sez. Un. 28 marzo 2006, Prisco, cit., p. 1347, che hanno ritenuto ammissibili come prove atipiche le videoriprese di comportamenti non comunicativi effettuate dalla polizia giudiziaria nei luoghi cd. riservati. Cfr., inoltre, Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 320, in Giur. cost., 2009, p. 4822. In questo senso, v. anche Cass., sez. VI, 10 novembre 2011, in C.E.D. Cass., n. 251563, ed ancora, sull'attività di osservazione e pedinamento della p.g., Cass., sez. VI, 3 giugno 1998, in Cass. pen., 2000, p. 689, nonché Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, in Guid. dir., 2009, n.5, p.90

ammissione nel corso delle indagini¹⁷⁷, si potrà e dovrà svolgere in dibattimento un contraddittorio posticipato sulla utilizzabilità degli elementi acquisiti.

Ciò in quanto “*il contraddittorio previsto dall’art. 189 non riguarda la ricerca della prova, ma la sua assunzione e interviene dunque, come risulta chiaramente dalla disposizione, quando il giudice è chiamato a decidere sull’ammissione della prova.*”¹⁷⁸

In altre parole, facendo riferimento a categorie tradizionali e distinguendo correttamente tra “ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova”, potrà essere fatta applicazione dell’art. 189 c.p.p. anche in ipotesi di utilizzo, da parte degli inquirenti, di strumenti atipici di ricerca della prova. In tale evenienza, infatti, il contraddittorio, necessariamente successivo, non riguarderà l’attività di ricerca della prova, ma le modalità di assunzione del relativo elemento, sulle quali il giudice è chiamato a decidere, ammettendo o non ammettendo la prova a seconda che siano stati rispettati o meno i canoni previsti ex art. 189 c.p.p.¹⁷⁹

Effettuate tali necessarie premesse, le registrazioni tramite *smart speaker* risultano essere, come si vedrà nel prosieguo, molto più affini ai mezzi di ricerca della prova atipici piuttosto che ai mezzi di prova.

Tralasciando infatti la lontana possibilità dell’ascolto di un altoparlante intelligente in qualità di testimone, pensare ad un’acquisizione di tali registrazioni in qualità di mezzo di prova atipico non sembrerebbe comunque possibile.

Ciò perché tali registrazioni non avvengono (come ad es. avviene per gli *smartphone*) attivando manualmente una modalità di registrazione sul dispositivo, bensì è stato dimostrato che avvengono contestualmente alla pronuncia di comandi vocali, grazie ai quali si può solo interagire con il dispositivo intelligente.

In altre parole, tali registrazioni non sono nella disponibilità del possessore del dispositivo, ma vengono trasmesse direttamente su server esterni, così che solo le

¹⁷⁷ Il che renderebbe evidentemente inutile l’esperimento atipico, a causa del venir meno del suo effetto più importante, ovvero l’effetto sorpresa

¹⁷⁸ Così, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, cit., p. 1347

¹⁷⁹ M. TORRE, cit., pp. 101 e 102

società di produzione e gestione degli altoparlanti intelligenti potranno servirsene, nel rispetto della normativa in materia di privacy.

4.3 Un tentativo di applicazione della disciplina in materia di intercettazioni

Si tenta ora di considerare una registrazione tramite *smart speaker* come un'evoluzione dei metodi di captazione di colloqui nel contesto investigativo, e dunque annoverandola piuttosto tra i mezzi di ricerca della prova atipici.

Più precisamente, si potrebbe tentare di assimilare la registrazione tramite *smart speaker* ad una particolare forma di intercettazione ambientale.

Come si è visto, ben sono possibili attività di hackeraggio sui dispositivi in questione, che permettono di acquisire la registrazione vocale contestualmente alla conversazione. È stato a tal proposito illustrato che per i dispositivi prodotti da Amazon (“Alexa”) la registrazione viene avviata dall'utente nel momento in cui pronuncia determinate parole di attivazione, come scelto dallo sviluppatore dell'applicazione creata dall'hacker (“Skill”). Sui dispositivi “Google Home”, invece, l'attività di hackeraggio risulta ancora più invasiva, poiché non è necessario specificare determinate parole di attivazione e l'hacker può monitorare le conversazioni dell'utente all'infinito.

Ben sarebbe possibile, a questo punto, immaginare l'utilizzo di tale sistema per scopi di indagine, e dunque tale modalità di ascolto sembrerebbe molto simile ad un'intercettazione. Per essere più precisi, considerando che lo *smart speaker* viene posizionato ed attivato in un determinato ambiente, l'intercettazione verrebbe a configurarsi come ambientale.

Si procede a questo punto ad un'analisi per gradi per verificare l'effettiva compatibilità con l'attuale disciplina. Si incontrerebbe dapprima l'ostacolo dei limiti posti dalla disciplina sulle intercettazioni. In particolare, se pure venissero superati i limiti di ammissibilità posti dall'art. 266 c.p.p., andrebbe comunque verificata l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 267 c.p.p. su cui si tornerà nel prosieguo.

È necessario verificare dapprima la sussistenza dei requisiti fondamentali per classificare un'attività di captazione di colloquio come intercettazione.

Per quanto riguarda il requisito della fraudolenza della captazione, esso potrebbe, in un certo senso, essere soddisfatto considerando che il dispositivo può registrare, come hanno dimostrato gli studi riportati, senza che i soggetti siano al corrente che la loro conversazione venga effettivamente registrata. Si tratterebbe dunque di una captazione occulta.

Il requisito della terzietà del soggetto captante ben potrebbe soddisfatto, considerando un possibile “controllo a distanza” del dispositivo intelligente da parte degli inquirenti, sfruttando appunto le tecniche che il collettivo di ricerca sull'hacking SRLabs ha sviluppato.

Il terzo requisito della contestualità dell'ascolto ostacola, in modo più concreto, una possibile estensione della disciplina delle intercettazioni alle registrazioni tramite *smart speaker*, poiché si tratta di registrazioni che una volta effettuate dal dispositivo vengono inviate e successivamente gestite su server esterni delle società di gestione, con conseguente applicazione di molte norme in materia di privacy per i gestori.

Risulta essere proprio questo l'ostacolo incontrato dagli inquirenti nei premi due casi menzionati verificatisi negli Stati Uniti. Le società tecnologiche sono restie, infatti, nel fornire le registrazioni ricevute sui propri server perché “aprire una porta” alle Forze dell'Ordine, vuol dire creare un precedente che renderebbe possibile spiare in modo arbitrario, con conseguente annientamento del diritto alla riservatezza dei soggetti in possesso di uno *smart speaker*.

In un'ottica di compatibilità con la disciplina generale delle intercettazioni nel nostro ordinamento, sarebbe difficile immaginare un'acquisizione delle registrazioni tramite *smart speaker* prima di aver ricevuto l'autorizzazione del giudice.

Le Sezioni Unite¹⁸⁰ escludono infatti la possibilità di sanare la mancanza della motivazione del decreto del pubblico ministero dopo l'esecuzione delle operazioni captative. L'organo dell'accusa può redigere la motivazione in un secondo momento,

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. Un., 29 novembre 2005, n. 2737, Campenni

ma comunque sempre antecedentemente all'inizio dell'esecuzione delle captazioni; il giudice di merito o di legittimità non ha la facoltà di redigere una motivazione al posto del pubblico ministero, “*appropriandosi di ambiti di discrezionalità deliberativa e determinativa che spettano solo alla parte pubblica*”¹⁸¹.

L'unica strada percorribile potrebbe essere quella di ottenere un controllo delle registrazioni che sia contestuale al momento della conversazione stessa, dopo aver ottenuto l'autorizzazione del giudice. Dunque, si tratterebbe, non di una acquisizione *ex-post* delle registrazioni memorizzate sui server esterni delle società di gestione dei dispositivi, bensì della possibilità per gli inquirenti di ottenere “il lascia passare” sull'ascolto contestuale ed occulto delle registrazioni di conversazioni.

Si tratterebbe, dunque, di un controllo a distanza del dispositivo a tutti gli effetti, che da un lato seguirebbe l'*iter* esecutivo delle intercettazioni telefoniche (considerando la comunicazione alle società di produzione di *smart speaker* assimilabile alla quella della Polizia giudiziaria al gestore telefonico in materia di intercettazioni telefoniche), dall'altro potrebbe essere, invece, identificata come una tipologia di intercettazioni ambientali atipiche, effettuate mediante un nuovo supporto, poiché la captazione avverrebbe in un ambiente determinato, dove è appunto collocato lo *smart speaker*. Solitamente tale ambiente viene identificato proprio con il domicilio.

Questa premessa potrebbe permettere persino di considerare l'intercettazione ambientale in una prospettiva d'innovazione rispetto all'inviolabilità del domicilio, poiché si consentirebbe un'intercettazione ambientale evitando quell'intrusione fisica che viene effettuata ai fini del posizionamento dei microfoni o degli altri strumenti tipici di questa modalità di captazione occulta. Peraltro, si ricorda che tale attività d'intrusione fisica non è direttamente disciplinata dal legislatore, dunque in questi casi non si incontrerebbe neppure l'ostacolo che tale lacuna normativa presenta.

Restando nella prospettiva di affinità tra registrazione tramite *smart speaker* e intercettazioni ambientali, è doveroso tener presente che vi sono delle modalità di captazione delle conversazioni che possono avvenire in maniera del tutto casuale, ad esempio a causa del mal posizionamento della cornetta telefonica ovvero qualora un

¹⁸¹ *Ibidem*

soggetto, durante una telefonata, rivolga la parola a persone che si trovino vicino a lui. Non si può far a meno di notare che, in questi casi, vi è una notevole similarità di tale fattispecie con quella della possibile registrazione accidentale tramite *smart speaker*, che si ricorda essere la possibile attivazione casuale della registrazione; il dispositivo può essere attivato in modo accidentale, ascoltando ed apprendendo anche nuove parole che in un determinato momento fungono da “parola di attivazione”.

Le modalità di captazione delle conversazioni che possono avvenire in maniera del tutto casuale, considerate finora dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sono le cosiddette intercettazioni “a cornetta sollevata”.

Esse riguardano i casi in cui vi fosse in corso una intercettazione telefonica e gli ufficiali di Polizia giudiziaria potrebbero ascoltare e registrare le conversazioni svolte tra presenti nel luogo dove è posizionato l’apparecchio telefonico. In questi casi l’intercettazione telefonica si trasforma, di fatto, in ambientale.

In questi casi ci si è chiesto quale sia il regime giuridico di tali colloqui e la utilizzabilità dei loro risultati. La giurisprudenza a volte le ha considerate prove valide ed utilizzabili¹⁸², altre volte viziata, poiché un’intercettazione telefonica si è tramutata in ambientale senza un’autorizzazione *ad hoc* da parte del giudice¹⁸³.

Secondo un autore¹⁸⁴, il dubbio si riferisce solamente alle intercettazioni relative ai reati comuni, le quali per essere svolte in luoghi di privata dimora necessitano dell’ulteriore requisito del “*fondato motivo che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa*”. Se invece la captazione casuale riguardasse i reati di criminalità organizzata, i risultati sarebbero comunque validi poiché, in questo caso specifico, i requisiti di ammissibilità delle intercettazioni telefoniche ed ambientali coincidono.

Quest’interpretazione potrebbe risultare riduttiva poiché l’identità dei presupposti non autorizza la Polizia a svolgere captazioni ambientali in mancanza di apposito decreto autorizzativo. La scelta del tipo di captazione implica un bilanciamento degli interessi in contrasto; qualora, dunque, il giudice abbia predisposto una intercettazione

¹⁸² Cass. pen., Sez. V, 10 novembre 1995, sent. n. 12591, Sibilla ed altri; Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 1995, sent. n. 1079, Catti ed altri

¹⁸³ 8 Cass. pen., Sez. I, 16 aprile 1993, sent. n. 1625, Ferrara

¹⁸⁴ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 239

telefonica può significare che ritenesse eccessivo un controllo ambientale. In conclusione, non è rilevante il reato su cui gli inquirenti indagano (comune o di criminalità organizzata). Secondo alcuni autori, le intercettazioni “a cornetta sollevata” sono utilizzabili poiché, per considerare segreta una conversazione, non è sufficiente l’*animus* dei dialoganti, ma è necessario che il colloquio sia svolto con accorgimenti che ne precludano l’ascolto da parte di terzi.¹⁸⁵

La Corte di Cassazione¹⁸⁶, ha sottolineato come la particolare registrazione ambientale in questione non dipenda da una violazione della privacy, bensì da un comportamento imprudente dei conversanti, che non hanno appunto predisposto le dovute cautele ai fini di tutelare la segretezza della conversazione.

Sempre la Cassazione ha inoltre sostenuto che, i colloqui tra presenti casualmente registrati durante una captazione telefonica a ricevitore sollevato, sono pienamente utilizzabili: condizione necessaria è la legittimità dell’intercettazione telefonica.¹⁸⁷

I giudici di legittimità hanno stabilito che tali captazioni non possano godere della tutela di cui all’art. 266 co. 2 c.p.p. poiché l’ascolto è casuale e non vi sono appositi dispositivi di ascolto collocati in loco al fine di captare le conversazioni.¹⁸⁸

Parte della dottrina non ha accettato le conclusioni dettate dalla giurisprudenza maggioritaria; taluni sostengono che le intercettazioni *de quibus* rientrino nelle garanzie dell’art. 266 co. 2 c.p.p. Si tratterebbe di captazione non autorizzata, in quanto il decreto ha ad oggetto solo le intercettazioni telefoniche, senza alcun riferimento all’ulteriore presupposto dello svolgimento dell’attività criminosa: con la captazione di dialoghi che avvengono nell’intimità del domicilio, verrebbe violata l’aspettativa alla segretezza.¹⁸⁹

Alla luce di queste pronunce, tornando all’analisi di una possibile disciplina sugli *smart speakers*, non deve essere tralasciato un dato di fondamentale importanza: l’utilizzo maggiore degli stessi è proprio quello in ambiente domestico.

¹⁸⁵ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 201

¹⁸⁶ Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2007, sent. n. 15840, Imparato

¹⁸⁷ S. MARAMAO, cit., p. 121

¹⁸⁸ Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2000, Franchini

¹⁸⁹ P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 20; L. FILIPPI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 203

Dunque, nel rispetto dei principi in materia di intercettazioni, considerare la registrazione nei termini di una captazione occulta e contestuale sarebbe possibile solo se vi fosse un fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa con riferimento ai reati indicati al co. 1 dell'art. 266 c.p.p.

4.4 *Controllo dell'altoparlante intelligente mediante captatore informatico*

Il captatore informatico, come si è già detto, è un *malware* che clandestinamente e silenziosamente può introdursi da remoto in qualsiasi tipo di dispositivo informatico, purché connesso alla Rete. L'agente intrusore, dunque, ben potrebbe avere come bersaglio anche un altoparlante intelligente.

In questo caso, cambia la prospettiva probatoria dell'utilizzo di registrazioni tramite *smart speaker*.

Nonostante il virus sia in grado di effettuare operazioni invasive, come attivare la videocamera del dispositivo, captare conversazioni, esaminare e duplicare memorie interne, la forte capacità intrusiva di tale metodo di captazione risulterebbe attenuata. Ciò può essere affermato poiché il virus viene inoculato in un altoparlante intelligente che presenta solo una cassa audio e non anche una videocamera, dunque sarebbe esclusa l'acquisizione di immagini di vita privata. La formidabile attitudine del captatore informatico all'infiltrazione nei canali usati dalla criminalità per organizzare i reati più gravi potrebbe essere sfruttata quindi in modo più mitigato, evitando di ledere totalmente la riservatezza.

La sesta sezione della Cassazione¹⁹⁰ ha sottolineato, a proposito della captazione tramite tale virus nei luoghi di privata dimora, che l'obbligo di predeterminare i luoghi di captazione non è imposto dalla legge, dalla giurisprudenza nazionale né dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; tale indicazione è necessaria esclusivamente quando l'intercettazione debba avvenire nei luoghi di cui all'art. 614 c.p.

¹⁹⁰ Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2016, sent. n. 13884

La Corte a Sezioni Unite¹⁹¹ ha precisato, però, che non si possono prevedere, al momento dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico sarà introdotto, né vi è possibilità di sapere se in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa. A tal proposito, le Sezioni Unite hanno sottolineato che il termine "intercettazione ambientale" per definire tale tipologia di captazione sia improprio.

Ci si chiede a questo punto come tali pronunce possano combinarsi con il fatto che gli *smart speaker* siano presenti soprattutto nei luoghi di domicilio, senza escludere un possibile spostamento del dispositivo.

A tal proposito, nel rispetto della previsione di cui all'art. 266 comma 2 c.p.p., limitatamente ai procedimenti riguardanti la criminalità organizzata, è consentito effettuare, con il mezzo *de quo*, intercettazioni di conversazioni tra presenti, anche nei luoghi di privata dimora, pur se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa.

Alla luce di tali riflessioni, anche ipotizzando che lo *smart speaker* funga da dispositivo-bersaglio, quando il Trojan capta unicamente comunicazioni tra utenti si configura comunque l'ipotesi di intercettazione.

4.5 Affinità con la disciplina in materia di fonoregistrazioni

In assenza di normativa in merito, è doveroso, seppur sembra portare ad una risoluzione in senso negativo, illustrare le possibili affinità delle registrazioni tramite *smart speaker* con le registrazioni effettuate con le modalità tipiche che le caratterizzano.

Si ricorda a tal proposito che, la registrazione di una conversazione "classica" si distingue dall'intercettazione in senso tecnico per via del soggetto che la realizza, essa infatti viene effettuata da un soggetto presente alla conversazione e che quindi necessariamente vi partecipa. Dunque, la registrazione difetta del requisito della

¹⁹¹ Cass. pen., Sez. Un., 28 aprile 2016, sent. n. 26889, Scurato

terzietà del soggetto captante, che come si è visto è invece requisito necessario dell'intercettazione. In tali casi, infatti, colui che registra fraudolentemente la conversazione non è terzo ad essa, ma anzi vi partecipa con il consenso degli altri colloquianti.

A questo punto però deve essere ricordato che, tralasciando l'ipotesi di una possibile equiparazione delle registrazioni tramite altoparlante intelligente all'intercettazione ambientale (seppur effettuata mediante un'attivazione da remoto), nonché l'ipotesi della registrazione accidentale tramite *smart speaker* più simile per certi versi ad un'intercettazione ambientale "a cornetta sollevata", il dispositivo intelligente viene attivato, e dunque registra, principalmente quando "viene chiamato" grazie alle parole di risveglio (*wake up words*) e dunque quando si dialoga con esso.

In questo specifico caso, ci si chiede se le registrazioni di un colloquio tra un soggetto ed uno *smart speaker* potrebbero mai essere assoggettate alla disciplina delle fonoregistrazioni, in quanto si tratterebbe comunque di una conversazione all'insaputa dell'interlocutore, ma alla sua presenza, tenendo comunque a mente i casi in cui le attività legate alla registrazione di conversazioni costituiscano un illecito penale.

In tal caso, però, il soggetto che viene captato occultamente risulterebbe essere la persona fisica, mentre il captante sarebbe il dispositivo intelligente stesso. Si tornerebbe in tal modo al dilemma di poter o meno equiparare il dispositivo ad una persona fisica, con tutti i rischi che ciò comporta.

Si ricorda, inoltre, che il dispositivo in questione è basato su un sistema di apprendimento automatico, dunque se venisse in un certo senso "istruito all'inganno o alla reticenza", potrebbe essere del tutto fuorviante considerare *in toto* la veridicità di talune informazioni contenute nella registrazione.

Non sembra una soluzione plausibile quella di far rientrare tali registrazioni nella categoria della prova documentale, anche perché si ricorda che la reperibilità di tali registrazioni non risulta possibile per il soggetto privato che intenda utilizzarle.

Non appare percorribile al momento, dunque, una strada che porti a considerare tali registrazioni annoverabili tra i mezzi di prova.

CONCLUSIONI

L'analisi effettuata nell'elaborato non può certamente giungere a conclusioni in termini di certezza, poiché da un lato è emersa la difficoltà, per il diritto, di adattarsi ai sempre nuovi congegni tecnologici, dall'altro vi è la tendenza dei giudici ad utilizzare, con riferimento ad essi, il paradigma dell'atipicità.

È stato dunque evidenziato il fatto che, se la tecnica si evolve, il dato normativo diventa inadeguato, con il rischio di pregiudizio per le garanzie individuali.

In particolare, tra i molteplici strumenti innovativi che lo sviluppo tecnologico ha apportato alla società, si è voluto analizzare proprio lo *smart speaker* per via della sua grande diffusione in termini di mercato, ma anche perché risulta essere lo strumento di maggior interesse nel contesto della captazione di conversazioni tra privati.

Sulla scia del recentissimo e potenzialmente prezioso ingresso di tali strumenti nei menzionati processi per omicidio negli Stati Uniti, si è tentato di cercare una strada percorribile anche nel nostro ordinamento.

Tra le molteplici ipotesi di ingresso delle registrazioni in questione nel procedimento penale italiano, la più compatibile con le attuali norme del Codice di procedura penale sembrerebbe essere quella di considerare l'affinità di tali registrazioni alle intercettazioni ambientali. Ciò perché verrebbero a configurarsi le stesse (o quasi) modalità di intrusione in un determinato ambiente. Anzi, si andrebbero ad evitare intrusioni fisiche, ad es. nel domicilio, ai fini del posizionamento di microspie ambientali.

Il rischio che comporta un'assimilazione del genere, è quello di utilizzare in maniera illegittima ed impropria tale mezzo di ricerca della prova, anche grazie alle rilevanti possibilità offerte dai continui progressi tecnologici.

Basti pensare che Amazon sta per lanciare in commercio un nuovo metodo di allarme che sostituirebbe le videocamere di sicurezza per le abitazioni. Si tratta di un drone di sorveglianza dotato di videocamera che può sorvegliare l'intera casa. L'idea di base è quella di sostituire un impianto fatto da più videocamere con un solo prodotto.

Grazie ai progressi della robotica e al *machine learning*, Ring, azienda di Amazon, è riuscita a creare un prodotto che non è solo un prototipo o un *concept*, ma un dispositivo acquistabile già nel 2021.¹⁹²

Questo drone è in grado di riconoscere e mappare automaticamente le stanze, se suona l'allarme il drone decolla e avvisa il proprietario che addirittura riceverà una notifica sul proprio *smartphone* e potrà vedere in tempo reale lo *streaming* del drone, chiedendo anche di ispezionare un determinato posto o controllando il volo manualmente.¹⁹³

Tutto ciò dimostra chiaramente che gli sviluppi della tecnologia viaggiano molto più velocemente di quanto si pensi.

Oggi il diritto stenta a tenere il passo con l'avvento di nuove tecnologie: tale difficoltà si traduce in alcune lacune nella disciplina delle nuove tecniche di captazione, che rischiano di diventare un potente strumento per comprimere il diritto alla segretezza del cittadino.

¹⁹² R. PEZZALLI, *Altro che videocamere, Amazon lancia il drone volante che pattuglia la casa. Arriva nel 2021 a 249\$, DDay.it*, 2020, p.2

¹⁹³ R. PEZZALLI, *ult. cit.*, p.3

BIBLIOGRAFIA

- AMODIO E., *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova, un approccio comparativo*, in Riv. It. dir. e proc. pen., 1999
- AMORTH A., *La Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1948
- BALDASSARE A., *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974
- BALDUCCI P., *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002
- BARILE P.-CHELI E., *Corrispondenza (libertà di)*, in Enc. dir., X, Giuffrè, Milano, 1962
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984
- BENVEGNÙ A., *Alexa, unica testimone di un omicidio. E (legittime) domande sulla nostra privacy*, Nera-Mente, 2020
- BLEFARI C.R., *Intercettazioni nei confronti di soggetti non indagati*, Diritto penale e processo, 2018
- BONSIGNORE V., *L'acquisizione di copie in luogo del sequestro: un atto atipico delle garanzie difensive*, in Cass. pen., 1998
- BORRELLI G., *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in Cass. pen., 2001
- BÄUNLEIN F. (@breakingsystems) - FRERICHS L., *Smart Spies: Alexa e Google Home espongono gli utenti a vishing e intercettazioni*, laboratori di ricerca sulla sicurezza, 2019
- BUONOCORE G.- TUREL E., *Il nuovo rito penale. Manuale pratico-operativo di procedura penale*, Missio, Udine, 1989
- CAMON A., *Intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996
- CAPONE A., *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, De Jure , 2017
- CAPRIOLI F., *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000
- CAPRIOLI F., *Intercettazioni e registrazioni di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice di procedura penale*, in Riv. It. Dir. e proc. pen., 1991
- CARETTI P., *Corrispondenza (libertà di)*, in Dig. disc. pubbl. vol. IV, Torino 1989

- CARUSO C., *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, Forum di quaderni Costituzionali, 2013
- CAVALLARI G., *L'evoluzione del diritto alla riservatezza: il contesto italiano*, Ius in itinere, 2018
- CERCOLA L., *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016
- CONSIGLIO D'EUROPA/CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida all'articolo 8 della Convenzione – Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, 2018
- CORDERO F., *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006
- COSENTINO F.-FALZONE V.-PALERMO F. (a cura di), *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavoratori preparatori*, Mondadori, Milano, 1980
- D'ALESSIO F., *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. IV, data udienza Ud. 11 luglio 2017, data deposito (dep. 18 ottobre 2017), n. 48084*, De Jure, 2018
- DEAN G., *In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute dall'art. 225 quinquies c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988*, in Giur. It., 1990
- DE VISA R.- LAUDISA A., *Vita digitale a rischio. I captatori informatici tra pericoli per i diritti umani e riduzionismo giuridico*, Osservatorio Cyber Security dell'Eurispes, 2019
- DUBOIS D. J. (Northeastern University), KOLCUN R. (Imperial College London), MANDALARI A. M. (Imperial College London), TALHA PARACHA M. (Northeastern University), CHOFFNES D. (Northeastern University), HADDADI H. (Imperial College London), *Quando gli altoparlanti sono tutte le orecchie. Capire quando gli altoparlanti intelligenti registrano per errore le conversazioni*, Studio sugli altoparlanti intelligenti (pets20), 2020
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962
- FAIOLA M., *Libertà di domicilio e legittima difesa domiciliare*, Salvis Iuribus, 2018
- FAVERO A. P., *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, Tesi di laurea, 1997
- FERRANTE M.L., *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, Archivio Penale, 2012

- FILIPPI L., *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in Arch. pen., 2016
- FUMU G., *sub. artt. 266-271*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M., II, Milano, 1990
- GAITO A., Seminario sul diritto alla riservatezza e intercettazioni, 2012
- GAITO A., *In tema di intercettazione delle conversazioni in abitazioni private*, in Giur. It., 1991
- GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Assistenti digitali (smart assistant): i consigli del Garante per un uso a prova di privacy*, scheda informativa, 2020
- GIANFRANCESCO E., *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Diritto e Società*, 2008, ed in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008
- GIOCOLO NACCI P., *Libertà di corrispondenza*, in G. Santaniello (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, CEDAM, Padova, 1990
- HABERMAS J., *Storia e critica dell'opinione pubblica (1962)*, Laterza, Bari, 2006
- IASELLI M., *I principi informatori del Codice Privacy tra teoria e pratica*, ebook, 2016
- ILLUMINATI G.-GREVI V., *Prove*, in BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018
- ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983
- ITALIA V., *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1963
- ITALIA V., *La libertà di corrispondenza*, in P. Barile (a cura di) *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza, 1967
- LEONE G., *Manuale di procedura penale*, Napoli, Jovene, 1960
- MARAMAO S., *Le intercettazioni ambientali tra innovazioni tecnologiche, esigenze investigative e tutela della riservatezza*, Tesi di laurea, 2017

- MIGNACCA D., *Registrazioni di colloqui tra presenti. Utilizzo ai fini probatori*, Diritto.it, 2018
- MORTATI C., *Le forme di governo*, CEDAM, Padova, 1973
- MOSCARINI P., *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, Torino, 2017
- MOSCARINI P., *Tutela della privacy e intercettazioni telefoniche. Note conclusive di un seminario*, in *Giust. pen.*, 2011, III
- NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007
- PACE A., *Contenuto e oggetto della libertà di comunicazione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, voce articolo 13, Rapporti Civili*, Zanichelli, Bologna, 1977
- PACE A., *Libertà personale (diritto costituzionale)*, Enc. dir., XXIV, Milano, 1974
- PEZZALLI R., *Altro che videocamere, Amazon lancia il drone volante che pattuglia la casa. Arriva nel 2021 a 249\$, DDay.it*, 2020
- PIRAS L., *Registrazioni di comunicazioni ed intercettazioni: differenze ed usi*, *Diritto & Giustizia*, fasc.20, 2015
- RIVERDITI M., *Manuale di diritto penale*, CEDAM, Assago, 2017
- RUFFOLO U., *voce Segreto (dir. priv.)*, in Enc. dir., vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989
- SCALFATI A., *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014
- SCAPARONE M., *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972
- TORRE M., *Indagini informatiche e processo penale*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche, 2015
- ZACCHÉ F., *La prova documentale*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) UBERTIS G. - VOENA G. P., XIX ed., Milano, 2012
- ZAMBONIN F., *Alexa testimone in un caso di omicidio*, *Il tuo legale*, 2019