

LUISS



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto costituzionale

**DIRITTI DELLA PERSONA NELLO SPAZIO DIGITALE E
FUNZIONE DI DIFESA SOCIALE: ALLA RICERCA DI UN
CORRETTO BILANCIAMENTO**

RELATORE

Prof. Raffaele Bifulco

CORRELATORE

Prof. Giovanni Piccirilli

CANDIDATO

Andrea Davola | 148303

ANNO ACCADEMICO

2021/2022

Dal momento che il valore della libertà si basa sulle opportunità che essa fornisce per azioni non previste o imprevedibili, raramente siamo in grado di apprezzare che cosa perdiamo in conseguenza di una particolare restrizione della libertà

F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 1975

INDICE

CAPITOLO I: L'ORIZZONTE DELLA RICERCA	5
1. Nuove tecnologie, nuovi interessi	5
2. Gli argomenti trattati.....	6
3. L'iter da seguire.....	9
CAPITOLO II: LO SPAZIO FISICO E LO SPAZIO DIGITALE	10
1. Il domicilio in Costituzione	10
1.1.) <i>Libertà di domicilio e libertà personale</i>	10
1.2.) <i>La nozione</i>	12
1.3.) <i>Le posizioni giuridiche della norma-principio</i>	14
1.4.) <i>Un quadro sistematico</i>	16
2. Il progresso tecnologico.....	16
2.1.) <i>L'evoluzione dell'ordinamento</i>	16
2.2.) <i>Il domicilio informatico</i>	19
3. Gli interessi coinvolti	22
3.1.) <i>La riservatezza dei dati informatici</i>	22
3.2.) <i>La sicurezza dei dati informatici</i>	24
3.3.) <i>L'identità informatica</i>	28
3.4.) <i>L'autodeterminazione informativa</i>	31
3.5.) <i>Un cambio di paradigma</i>	32
4. La rilevanza costituzionale del dispositivo digitale	34
4.1.) <i>La libertà di domicilio</i>	34
4.2.) <i>La libertà di corrispondenza</i>	37
4.3.) <i>La libertà di autodeterminazione</i>	38
4.4.) <i>Un nuovo diritto fondamentale</i>	39
CAPITOLO III: LA SFIDA DELLA CRIPTOGRAFIA.....	42
1. Cyber-crime e Cyber-investigation	42
1.1.) <i>Cos'è la crittografia</i>	42
1.2.) <i>Le modalità di utilizzo per la commissione di reati</i>	43
1.3.) <i>La decriptazione e le sue potenzialità</i>	45
2. Il captatore informatico	49
2.1.) <i>Le potenzialità</i>	49
2.2.) <i>L'evoluzione giurisprudenziale</i>	51
2.3.) <i>L'intercettazione tra presenti: regime di ammissibilità</i>	54
2.4.) <i>Il provvedimento di autorizzazione</i>	57
2.5.) <i>Gli utilizzi atipici</i>	58
3. L'ordine di produzione dei dati	62
3.1.) <i>Servitus iustitiae</i>	62
3.2.) <i>L'accesso al dispositivo</i>	64
3.3.) <i>L'accesso ai metadati</i>	67
3.4.) <i>L'ordine nei confronti del titolare del dispositivo</i>	72
CAPITOLO IV: PER UN CORRETTO BILANCIAMENTO TRA INTERESSI COSTITUZIONALI.....	75
1. Idea del diritto, giudice e interpretazione	75
1.1.) <i>Il perché della riflessione</i>	75

1.2.) <i>I diritti derivano dalla legge</i>	76
1.3.) <i>La legge deriva dai diritti</i>	79
1.4.) <i>La positivizzazione dei diritti</i>	81
2. Il bilanciamento	85
2.1.) <i>La Costituzione per principi</i>	85
2.2.) <i>Ragionevolezza e proporzionalità</i>	88
2.3.) <i>1992. La Corte si fece Legislatore</i>	90
3. La lettera della Costituzione	93
3.1.) <i>Pregi e difetti dell'interpretazione per regole</i>	93
3.2.) <i>Il favor libertatis</i>	96
3.3.) <i>Il rapporto tra i valori costituzionali</i>	99
<i>CAPITOLO V: RILIEVI CONCLUSIVI</i>	102
1. Profili di incostituzionalità dell'ordinamento	102
2. Il futuro dei dati	105
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	108

CAPITOLO I: L'ORIZZONTE DELLA RICERCA

1. Nuove tecnologie, nuovi interessi

Il progresso tecnologico ha raggiunto negli ultimi decenni nuovi orizzonti e tempi di sviluppo imprevedibili anche per il più visionario dei futuristi. La nostra vita ruota attorno al *medium digitale*, che incide in modo decisivo su aspetti cruciali dell'esistenza, il nostro pensiero, il nostro vivere comune¹. Computer, tablet, smartphone sono mezzi che hanno mutato la natura degli esseri umani, conducendoli verso confini inesplorati e potenzialità ancora non sfruttate. Lo spazio digitale è il luogo in cui i cittadini non solo depositano immagini e contenuti, ma anche dove esercitano quello che è stato definito “il diritto di essere sé stessi”². Le relazioni sociali, la proprietà di contenuti digitali, l'esercizio della libera iniziativa economica privata e molteplici altre attività degli individui assumono dinamiche inedite ed emergono nuove esigenze meritevoli di tutela. Quel che in origine doveva essere un mondo fittizio è in realtà divenuto molto più di reale di quanto si potesse immaginare.

Tuttavia, l'evoluzione tecnologica è termine *neutro*. Il suo utilizzo è rimesso alle scelte degli individui, animali utilitaristici, come direbbe Jeremy Bentham. Dunque, come sempre accaduto nel corso degli eventi, a fronte di nuove risorse sono sorte nuove forme di devianza che violano beni giuridici individuali e collettivi. I c.d. *cybercrimes* rappresentano la nuova frontiera del diritto penale sostanziale e processuale, presentando connotati di unicità, quali la *portata* dell'offesa, essendo coinvolti milioni di utenti in tutto il mondo, l'*accessibilità* dei mezzi per commettere il reato, data da Internet, e l'*anonimità*, garantita dal progresso tecnologico³.

Al contempo, microspie, malware e captatori informatici assumono un ruolo cruciale nella fase delle indagini preliminari. L'accertamento di gravi reati commessi nel *darkweb* necessita dell'utilizzo delle più progredite forme tecnologiche per superare l'ostacolo della crittografia e solleva rilevanti questioni giuridiche, quali l'ammissibilità dell'ordine di trasmissione di dati agli *Internet Service Providers*, le condizioni per il compimento degli atti investigativi e l'estensione del loro campo applicativo. L'utilizzo della decriptazione per accedere ai

¹ Byung-Chul Han, *Nello sciame*, Nottetempo, 2015, p. 9.

² G. Alpa, *Il diritto di essere sé stessi*, La nave di Teseo, Krisis, 2021.

³ J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge University Press, 2015 (2^a ed.), pp. 6 e 7. Nella versione in lingua originale l'autore parla di “*scale, accessibility and anonymity*”.

dispositivi delle persone sottoposte alle indagini attenta a libertà di rango costituzionale, imponendo l'osservanza delle garanzie previste dagli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione.

La tutela dei diritti fondamentali, tanto delle vittime del reato quanto dei soggetti indagati, è l'oggetto dell'analisi che verrà qui formulata, nel tentativo di porre in luce con approccio transnazionale il rilevante impatto che la crittografia ha sulle carte costituzionali del Paesi occidentali. Il quesito che ci accompagnerà nelle prossime pagine è quale sia il corretto bilanciamento tra diritti della persona nello spazio digitale e funzione di difesa sociale, declinata in termini di mezzi di ricerca della prova più intrusivi nella sfera personale.

Vi è un dato di fondo che rende complesso l'iter-logico giuridico: quando entrò in vigore la Costituzione della Repubblica italiana, i telefoni erano ben diversi da quelli che conosciamo oggi e considerati un privilegio per pochi. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo fu firmata a Roma il 4 novembre 1950. Le carte fondamentali degli Stati occidentali riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo del potere statale facendo riferimento ai mezzi di coercizione tradizionale. La difficoltà a cui va incontro l'interprete è di non trovare espressi riferimenti nel testo costituzionale.

Tuttavia, come fu affermato dal *Justice Brandeis* nella sua celeberrima *dissenting opinion* in *Olmstead v. United States*: “*the Court is obligated – as subtler and more far-reaching means of invading privacy have become available to the Government – to ensure that the progress of science does not erode the Fourth Amendment protections*”⁴. Tradotto nel nostro ordinamento, lo spirito di questo scritto è che il progresso tecnologico non possa erodere le garanzie previste nella Parte I della Costituzione, segnatamente quelle di cui agli artt. 13, 14 e 15.

2. Gli argomenti trattati

Il capitolo II ha inizio dallo studio della Costituzione e della giurisprudenza della Corte costituzionale al fine di accertare il nucleo dell'art. 14 Cost., così da poter poi valutare se sia possibile la sussunzione dello spazio protetto dai dispositivi digitali alla nozione di domicilio. Come da tempo notato da autorevole dottrina, la Carta fondamentale “guarda avanti”, è aperta all'evoluzione della società e idonea a proteggere gli interessi che emergono dalla storia⁵.

⁴ U.S. Supreme Court, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473-474 (1928).

⁵ R. Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992, pp. 32 ss.

Dunque, allorquando un bene rilevante per i cittadini non è espressamente tutelato dalla Costituzione, l'interprete è tenuto a valutare se sia possibile ricondurre il valore in questione ad uno dei diritti fondamentali ivi previsti. I Padri costituenti, non potendo immaginare il cyberspazio, protessero lo spazio fisico, sancendo l'inviolabilità del domicilio. I mezzi di ricerca della prova da cui l'individuo è garantito sono perquisizione e ispezione, perché nel 1948 nemmeno il più distopico dei romanzi avrebbe potuto alludere al *trojan informatico*. Ricostruire la nozione di domicilio in Costituzione è il presupposto per guardare agli interessi del presente e del futuro.

Nella seconda parte del capitolo II oggetto di accertamento diviene il dispositivo digitale e la sua rilevanza costituzionale. È opportuna una precisazione metodologica: attorno al nucleo dei diritti fondamentali vi sono una pluralità di posizione giuridiche *hohfeldiane* che meritano di essere valutate⁶. Ad esempio, il diritto alla salute, inteso come una molecola, comprende una pluralità di situazioni soggettive attive o passive (diritto al consenso informato, obbligo di vaccinazione, ecc.), che si possono definire atomi. Concepire i diritti fondamentali come macro-diritti permetterà di cogliere i profili di analogia e di differenza tra lo spazio fisico, tutelato dal domicilio tradizionale, e lo spazio digitale, garantito dal domicilio informatico, e di accertare quali interessi individuali e collettivi siano coinvolti nei dispositivi elettronici. Al termine di questa operazione ermeneutica l'interprete sarà in grado di valutare i profili di rilevanza costituzionale ed individuare il bene giuridico che il Legislatore è tenuto a proteggere.

Conclusa una prima parte che si può definire *statica*, perché focalizzata sulla definizione della rilevanza costituzionale dello spazio digitale, il capitolo III apre la sezione *dinamica*, dove i dispositivi digitali e gli interessi protetti sono analizzati nel contesto processuale, in cui si inserisce l'interesse dello Stato alla repressione dei reati. Il diritto alla protezione dei dati confligge con l'interesse pubblico all'accertamento della responsabilità penale.

La ricerca si concentra sulla crittografia, utilizzata non solo dai cyber criminali, ma anche da comuni cittadini su piattaforme come WhatsApp, e la decriptazione da parte degli organi requirenti per finalità investigative. L'adozione di questa tecnica, i cui dettagli saranno illustrati successivamente, permette di nascondere l'indirizzo IP del server o di rendere illeggibili le comunicazioni. Pertanto, merita protezione anche l'interesse pubblico a superare

⁶ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, 2017, pp. 77 ss. L'autore definisce le posizioni giuridiche "hohfeldiane" perché fu W.N. Hohfeld il primo a proporre una classificazione sistematica ed esaustiva del diritto soggettivo, scomposto in pretesa (*claim*), libertà (*liberty, privilege*), potere (*power*) e immunità (*immunity*).

gli ostacoli della crittografia, che apre a nuove frontiere del processo penale, perché l'utilizzo degli *encryption workarounds*⁷ pone delicati interrogativi circa la compatibilità con il diritto al silenzio, il rispetto delle garanzie processuali e l'osservanza del principio di parità delle armi. Emergono anche nuove dinamiche procedurali, come la frequente e duratura collaborazione tra organi requirenti stranieri e l'ordine di trasmissione dei dati agli *Internet Service Providers*. In un contesto normativo con significative lacune il pericolo di ledere i principi del giusto processo è intenso e merita profonde riflessioni.

Il capitolo IV prosegue la ricerca tentando di rispondere alla seguente domanda: in che relazione si pongono tutela della libertà e funzione di difesa sociale in Costituzione, qual è il rapporto tra dati personali ed esigenze investigative? L'analisi parte da lontano, illustrando i mutamenti storici nell'interpretazione della Costituzione. Dall'idea per cui i diritti derivino dalla legge, a quella per cui sia la legge a derivare dai diritti. “Non (più) la domanda antica: qual è il posto che mi è assegnato, ma la domanda moderna: qual è il posto che intendo darmi nell'Universo”⁸. Il giudice non più inteso come *bouche de la loi*, bensì quale artefice del diritto.

Se non si può che condividere l'idea per cui il fine ultimo dello Stato sia la libertà⁹, non si deve però sottovalutare il pericolo di forme reazionarie o contrarie allo spirito della Costituzione. La norma ha una sua letteralità che non può essere elusa dall'interprete. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo” e “la libertà personale è inviolabile” sono indici ermeneutici che devono essere rivalorizzati per sterilizzare il pericolo dell'eterna sorveglianza. Metodi esegetici poco attenti alla *littera legis*, seppur involontariamente, rischiano di spalancare le porte al *Big Brother* orwelliano.

Nel capitolo V verranno mostrate le maggiori contraddizioni e i profili di dubbia compatibilità con la Legge fondamentale date dalla disciplina delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico.

La decriptazione è un mezzo di ricerca della prova destinato ad assumere un ruolo cruciale nella repressione di gravi reati, quali il cyberterrorismo e la pedo-pornografica online, ma anche foriero di notevoli rischi per l'effettività dei diritti fondamentali nel terzo millennio.

⁷ Espressione coniata da O.S. Kerr – B. Schneier, *Encryption Workarounds*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 106, 2018, pp. 989-1019. L'espressione è traducibile alla lettera con “Espedienti per aggirare la crittografia”. Il tema sarà approfondito nel capitolo III.

⁸ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 105.

⁹ B. Spinoza, *Trattato teologico-politico*, in *Tutte le opere*, ed. Bompiani, 2010, p. 1113.

3. L'iter da seguire

In sintesi, sarà illustrato e argomentato il seguente iter interpretativo:

- 1) Analisi del diritto all'inviolabilità del domicilio secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in quanto bene giuridico più vicino allo spazio digitale.
- 2) Studio in prospettiva transnazionale dei dispositivi informatici e delle molteplici posizioni giuridiche coinvolte, al fine di valutare analogie e differenze con la disciplina positiva della Costituzione italiana.
- 3) Esplorazione delle dinamiche processuali in cui l'inviolabilità dello spazio digitale entra in conflitto con l'interesse pubblico alla legalità.
- 4) Riflessioni su una corretta interpretazione della Costituzione, scritta per essere garantista e proteggere l'individuo dal potere dello Stato.
- 5) Rilievi conclusivi su un giusto bilanciamento tra rilevanza costituzionale dello spazio digitale e interesse alla repressione dei reati, secondo le analisi e le tesi sostenute in precedenza.

CAPITOLO II: LO SPAZIO FISICO E LO SPAZIO DIGITALE

1. Il domicilio in Costituzione

1.1.) *Libertà di domicilio e libertà personale*

“Il domicilio è inviolabile” sancisce l’art. 14 della Costituzione. Dopo aver proclamato l’invulnerabilità della libertà personale, i Costituenti nella Parte I della Carta fondamentale, dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini, hanno deciso di garantire l’estrinsecazione della persona nel mondo fisico. Il domicilio è “proiezione spaziale della libertà personale”¹⁰.

Il legame indissolubile che intercorre tra libertà di domicilio ed *habeas corpus* si deduce da una pluralità di indici ermeneutici. Il primo è legato ad un’interpretazione sistematica delle due norme. Sono una successiva all’altra ed entrambe diretta espressione dell’art. 2. Allorquando la Costituzione dispone che “la Repubblica *riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”, riecheggia la tesi giusnaturalista secondo cui i diritti preesistono all’esistenza stessa dello Stato¹¹. Nella tradizione del costituzionalismo sono stati proprio i diritti di libertà, in quanto connaturati all’essere umano, i primi ad essere analizzati con questa lente. La libertà domiciliare è stata infatti definita in passato come “diritto inerente alla umana personalità”¹².

Secondo dato da rilevare è la tecnica di formulazione dei due articoli. I beni giuridici sono definiti *invulnerabili*. L’aggettivo è adottato nuovamente solo per la corrispondenza e il diritto di difesa. La portata giuridica del precetto sarà oggetto di riflessioni nel capitolo IV, tuttavia è bene fissare già ora alcuni principi. L’assolutezza non è da intendersi in termini assoluti¹³, poiché è già il co. 2. dell’art. 14 a prevedere una deroga parlando di ispezioni, perquisizioni e sequestri, bensì quale orizzonte a cui l’ordinamento deve tendere. In altri termini, le limitazioni della libertà personale, del domicilio, della corrispondenza e del diritto di difesa, seppur ammesse dalla stessa Carta, devono ispirarsi al criterio dell’*extrema ratio*.

¹⁰ Definizione di A. Amorth, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, 1948, p. 62.

¹¹ R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2017 (18° ed.), p. 546.

¹² F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Nabu Press, 2010 (1° ed. 1875), vol. II, p. 578.

¹³ R. Bifulco, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2018, p. 325

Infine, ricorre un'analogia per le garanzie previste. È l'art. 14 a rinviare alla norma precedente, la quale prescrive la riserva di legge circa i casi e i modi per l'adozione di misure restrittive, la riserva di autorità giudiziaria¹⁴ e l'obbligo di motivazione.

La stretta correlazione è utile per far emergere il nucleo della libertà domiciliare. L'ordinamento non tutela l'ambiente in quanto tale, la proprietà o qualsivoglia altro diritto reale, quanto l'individuo e la sua relazione con lo spazio, "cioè la persona riflessa in una certa sfera spaziale volta a preservare il carattere intimo, domestico, o quanto meno privato di determinati comportamenti soggettivi"¹⁵. Il domicilio è degno di protezione perché luogo in cui si svolge la personalità del cittadino. È quanto statuito anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in *Katz vs United States*: "*the fourth Amendment protects people, not places*"¹⁶.

La Corte costituzionale ha aderito a questa tesi nella sentenza 135/2002, valorizzando i medesimi canoni esegetici poc'anzi illustrati. Nel declinare il rapporto tra le due libertà ha tuttavia affermato che quella domiciliare "*costituisce espressione in certo senso sotto-ordinata*". L'argomentazione muove dalla diversa scritturazione degli artt. 13 e 14. Mentre il primo tutela da detenzione, ispezione e perquisizione e da "qualsiasi altra restrizione della libertà personale", il secondo non prevede una clausola estensiva analoga. Di qui, secondo il giudizio della Corte, una tutela meno stringente del domicilio.

Si tratta però di tesi poco condivisibile, per ragioni di interpretazione teleologica e sistematica. Il co. 2 dell'art. 14 fa riferimento alle sole ispezioni, perquisizioni e sequestri poiché in Costituente emerse l'esigenza di graduare diversamente le garanzie per i provvedimenti *coercitivi* da quelle per le misure *non coercitive* (previste al co. 3); non poteva essere previsto un riferimento a qualsiasi altra restrizione. Dunque, la tutela apprestata all'inviolabilità del domicilio è altrettanto garantista¹⁷.

Sotto il profilo sistematico il principio di diritto è ulteriormente criticabile alla luce di quanto detto. Se il domicilio protegge la proiezione della persona nello spazio, perché la proiezione della persona dovrebbe essere sotto-ordinata rispetto alla persona stessa?

¹⁴ È dibattuto se la riserva di autorità giudiziaria sia da interpretare alla lettera o in chiave sistematica quale riserva di giurisdizione, così da escludere i poteri coercitivi della pubblica accusa. La prima è la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale e dal Legislatore. A sostegno della seconda tesi v. A. Camon – M. Daniele – D. Negri – C. Cesari – M.L. Di Bitonto – P.P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2020 (2° ed.), p. 90.

¹⁵ P. Barile – E. Cheli, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, 1964, XIII, p. 860; nella medesima prospettiva v. R. Chiarelli, *Domicilio I) Libertà di domicilio*, in *Enc. Giur.*, 1989, XII, p. 3.

¹⁶ U.S. Supreme Court, *Katz vs United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

¹⁷ A. Pace, *Le video registrazioni "ambientali" tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, commento alla sent. 135/2002 Corte cost., in *Giur. cost.*, 2002, pp. 1073 e 1074.

Per di più, il bilanciamento è operato dalla Corte secondo le circostanze peculiari del singolo fatto. Pertanto, nulla osta a che nel caso concreto la libertà domiciliare meriti una protezione ancor più pregnante della libertà personale. Insomma, parlare di sotto-ordinazione pare errato.

1.2.) *La nozione*

Individuata la persona nello spazio quale bene giuridico che il domicilio protegge, questione determinante da affrontare è la delimitazione dello spazio. In altri termini, cosa si deve intendere per domicilio? La difficoltà interpretativa deriva dal polimorfismo dell'istituto, che trova disciplina sia nel codice civile che nel codice penale, entrambi entrati in vigore prima della Costituzione repubblicana.

L'art. 43 c.c., distinguendo tra residenza e domicilio, definisce quest'ultimo quale "sede principale di affari e interessi". In passato fu sostenuto che l'art. 14 Cost. facesse rinvio a tale impostazione¹⁸ ed anche la Corte costituzionale aderì con la sent. 106/1975. Si tratta però di posizione ampiamente superata in dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale, seppur implicitamente¹⁹. È evidente la difformità teleologica delle due norme: la prima è regola di diritto privato per la disciplina delle relazioni tra i cittadini, mentre la seconda appartiene all'ordinamento pubblico e regola il rapporto del singolo con lo Stato. Da un lato vi è la tutela giuridica degli affari, dall'altro della persona.

Il dibattito è invece molto più rilevante tra coloro che sostengono la coincidenza con l'art. 614 c.p. e quella parte della dottrina che propende per una definizione autonoma del domicilio in Costituzione. Con riferimento alla prima tesi, è valorizzato lo stretto legame tra l'art. 14 Cost. e la materia penalistica. Mentre la nozione di diritto civile poggia sugli affari o gli interessi, astrattamente scindibili dalla presenza fisica della persona, il precetto penale fa riferimento alla sfera spaziale realmente adibita al compimento di atti della vita privata. Si ha dunque identità di *ratio*, perché entrambe le norme "si identificano nella esistenza di un collegamento necessario e indefettibile tra domicilio e persona"²⁰.

Al contrario, l'esigenza di adottare una definizione costituzionale del domicilio muove in parte da una esigenza metodologica: la Costituzione, in quanto legge fondamentale, non può essere interpretata sulla base di un atto avente forza di legge e per di più cronologicamente

¹⁸ v. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1976 (9° ed.), vol. II, pp. 1070 ss.

¹⁹ v. Corte cost., sent. n. 88 del 1987.

²⁰ P. Barile – E. Cheli, *op. cit.*, 1964, pp. 860 ss.

anteriore. L'argomento principale, che chi scrive ritiene condivisibile, è però di merito: si deve porre l'accento sulla distinzione tra interferenze pubbliche e private. L'art. 614 c.p. è sì una regola di diritto pubblico, ma protegge il cittadino da aggressioni illecite di altri consociati. Il bene giuridico protetto è l'intimità²¹. Viceversa, nelle regole della procedura penale il rapporto è con lo Stato, che si manifesta quale "detentore del monopolio dell'uso della forza legittima"²². Sono protetti ulteriori valori, quali la dignità del titolare dall'atto di polizia²³, il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza. L'art. 14 Cost. avrebbe dunque un perimetro applicativo ben più ampio.

Come posto in rilievo da dottrina più recente, il dibattito ha oggi carattere prettamente teorico, essendovi una tendenziale coincidenza tra l'interpretazione data in sede penale e nella giurisprudenza costituzionale²⁴. Tuttavia, il suo approdo risulta particolarmente utile ai nostri fini, cioè valutare la rilevanza costituzionale del dispositivo digitale.

L'interpretazione del domicilio è stata notevolmente estesa negli anni dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi, che ha ritenuto tale anche il bagagliaio dell'automobile in quanto "luogo di privata dimora, sia pure esposto al pubblico, dal quale il titolare ha il diritto di escludere ogni altro"²⁵. Questa impostazione ermeneutica ha quale premessa implicita l'idea per cui l'art. 14 Cost. ricorra ogni qualvolta confliggano, in relazione allo spazio fisico, esigenze pubblicistiche e diritto all'intimità e alla dignità del cittadino²⁶.

D'altronde, è questa la *ratio* ispiratrice della norma: proteggere l'individuo dal potere coercitivo dello Stato. Fu questa la prospettiva dell'Assemblea costituente, quando l'on. Basso, opponendosi alla coincidenza tra domicilio e casa, affermò che "non dobbiamo difendere solo l'abitazione, ma anche, per esempio, l'azienda, la sede di un partito o di una associazione da arbitri polizieschi"²⁷.

La tesi del domicilio quale autonomo istituto del diritto costituzionale ha dunque il pregio di porre in rilievo la dinamica in cui si inserisce la proiezione spaziale della libertà personale: il conflitto con il potere pubblico. Ciò non sta a significare l'irrilevanza delle interferenze

²¹ G. Amato, *Art. 14*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975, p. 62.

²² traduzione da M. Weber, *Politics as a Vocation*, Wikisource. Espressione adottata per la prima volta in una lezione all'Università di Monaco nel 1918.

²³ G. Amato, *op. cit.*, 1975, pp. 63 e 64.

²⁴ C. Mainardis, *Art. 14*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) S. Bartole – R. Bin, Cedam, 2008, p. 115; nello stesso senso v. M. Della Morte, *Art. 14*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, 2006, vol. I, pp. 349 ss.;

²⁵ v. Corte cost., sent. n. 88 del 1987.

²⁶ G. Amato, *op. cit.*, 1975, p. 61.

²⁷ Parole pronunciate dall'on. Basso in Assemblea costituente il 10 aprile 1947 in sede di discussione del Titolo I della Parte I del progetto di Costituzione: «Rapporti civili».

private, ma si tratta più semplicemente di accertare quale sia stata la volontà del Legislatore costituente.

1.3.) *Le posizioni giuridiche della norma-principio*

Come già illustrato²⁸, il costituzionalismo moderno, partendo dall'idea che la Costituzione sia scritta per principi, individua le singole situazioni giuridiche che compongono il diritto fondamentale. Questo passaggio dell'iter interpretativo ha in queste sede una duplice valenza: *in primis* chiarire che tipo di legame debba intercorrere tra lo spazio e il titolare affinché si possa parlare di domicilio; in secondo luogo, verificare quali analogie e differenze vi siano con lo spazio protetto dal dispositivo digitale.

La libertà di domicilio è tradizionalmente concepita come libertà negativa²⁹, cioè come “situazione in cui un soggetto ha la possibilità di agire senza essere impedito, o di non agire senza essere costretto, da altri soggetti”³⁰. Tale prospettiva è spiegabile alla luce degli argomenti già affrontati: la concezione di diritto intrinseco alla natura di essere umano e posto a protezione dal potere coercitivo dello Stato. Allora, diviene intuitivo comprendere perché la giurisprudenza costantemente richieda il ricorrere degli *iura prohibendi e admittendi*. Il titolare del domicilio ha il potere di escludere i terzi e decidere chi ammettere. Si tratta di un requisito costitutivo.

Ad esempio, la Corte di cassazione, ai fini delle intercettazioni ambientali, ha escluso che l'auto nella pubblica via sia domicilio, in quanto manca lo *ius excludendi alios* e la sfera di riservatezza. In più, non solo vi deve essere la titolarità delle situazioni giuridiche citate, ma anche la volontà di esercitarle in concreto³¹. Il problema si pone in relazione a riprese visive effettuate dall'esterno. In questi casi, qualora il titolare non protegga lo spazio dallo sguardo dei terzi, non può ritenersi violato l'art. 14 Cost.

In quanto proiezione spaziale della libertà personale, il domicilio deve essere destinato al compimento di atti della vita privata. Questi comprendono sia la vita intima e familiare, riconducibili alla c.d. *pax domestica*, quanto altre attività che, pur prive del carattere domestico, siano tuttavia esercitate in luogo privato³². Non solo allora è compresa l'abitazione, ma anche l'ufficio professionale, l'associazione culturale, il circolo degli

²⁸ v. par. 2., capitolo I.

²⁹ C. Mainardis, *op. cit.*, 2008, p. 114.

³⁰ N. Bobbio, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, 1978.

³¹ Corte cost., sent. n. 149 del 2008.

³² P. Barile – E. Cheli, *op. cit.*, 1964, pp. 862 e 863.

scacchi, ecc.; tutti quei luoghi in cui confliggono l'esigenza di riservatezza del cittadino e l'interesse generale dell'ordinamento.

Il vincolo di destinazione è da intendersi non come costante presenza fisica, bensì quale attuale utilizzo dello spazio ai fini illustrati.

Ultimo requisito è la legittimità della destinazione³³. È sufficiente il ricorrere di un titolo di disposizione privata, che sia una situazione giuridica o una situazione di fatto³⁴.

Dalla trattazione degli elementi tipici della libertà domiciliare emergono esigenze di tutela dagli atti di polizia, riservatezza e dignità. Tuttavia, non si è ancora fatto riferimento ad un suo carattere rilevante: è una *libertà funzionale*³⁵. La protezione della proiezione spaziale della persona è preordinata alla sua autodeterminazione nello spazio. Nel domicilio il titolare esercita altri diritti fondamentali, quali il diritto di riunione (art. 17), di associazione (art. 18), la libertà di iniziativa economica privata (art. 41), che presuppongono la riservatezza quale meta-condizione³⁶.

Quella che è sempre stata concepita come una libertà negativa assume allora anche i tratti di libertà positiva, intesa come “la situazione in cui un soggetto ha la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni, senza essere determinato dal volere altrui”³⁷. Se non sapessimo di essere garantiti all'interno del domicilio dalla potestà del governo, non organizzeremmo più incontri politici, non potremmo più esercitare il diritto di critica e cronaca giornalistica. Vi è un nesso indissolubile tra libertà negative e positive. Infatti, l'art. 13 Cost., pur essendo stato pensato dai Costituenti per l'*habeas corpus*, è stato esteso dalla Corte costituzionale alla libertà di autodeterminazione.

In sintesi, sebbene sia condivisibile porre l'accento sul carattere essenzialmente negativo della libertà di domicilio, non può essere però trascurata la sua funzionalità all'esercizio di altri diritti fondamentali. Il lettore tenga a mente questo passaggio, perché nello spazio digitale il rapporto di strumentalità tra riservatezza e libertà di azione assume una nuova dimensione.

³³ P. Barile – E. Cheli, *op. cit.*, 1964, p. 863.

³⁴ G. Amato, *op. cit.*, 1975, p. 61.

³⁵ R. Bifulco, *op. cit.*, 2018, p. 325.

³⁶ P. Barile – E. Cheli, *op. cit.*, 1964, p. 860.

³⁷ N. Bobbio, *op. cit.*, 1978.

1.4.) *Un quadro sistematico*

L'analisi sistematica qui proposta non ha la pretesa dell'assoluta completezza. Probabilmente, non è essa nemmeno realmente perseguibile, se si muove dall'assunto che ogni circostanza di fatto coinvolga un diverso profilo del diritto fondamentale. Condotta alle estreme conseguenze, questa tesi postulerebbe un numero di situazioni giuridiche soggettive pari al numero di casi della realtà, dunque indefinito. Tuttavia, è possibile delineare i caratteri fondamentali della libertà di domicilio, quegli elementi imprescindibili per la sua costituzione:

- 1) *Proiezione spaziale della persona*: lo spazio è destinato dal titolare al compimento di atti della vita privata, intesa non solo quale *pax domestica*, ma anche come tessuto di relazioni sociali.
- 2) *Conflitto con lo Stato*: nel luogo interessato si pongono in antitesi da un lato intimità, dignità e diritto di difesa del cittadino e, dall'altro, l'interesse generale dell'ordinamento al rispetto della legalità (entrambi gli interessi sono meritevoli di tutela).
- 3) *Iura prohibendi e admittendi*: il cittadino ha il legittimo potere di escludere e ammettere i terzi e non è sufficiente l'astratta titolarità, essendo necessario il ricorrere anche del fattuale esercizio.
- 4) *Libertà negativa*: la libertà di domicilio è tradizionalmente intesa quale assenza di restrizioni dal potere statale, che si colloca in una situazione giuridica di *pati*.
- 5) *Strumentalità*: la tutela è preordinata al godimento di altri diritti fondamentali, di cui il domicilio costituisce *condicio sine qua non*.

Individuati questi cinque elementi fondamentali, verifichiamo ora se ricorrano anche nel domicilio informatico, così da comparare profili di analogia e differenza.

2. Il progresso tecnologico

2.1.) *L'evoluzione dell'ordinamento*

Nel 1973 Stefano Rodotà scriveva *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, un testo per alcuni aspetti profetico nel descrivere già allora il conflitto tra cittadino e Stato che sarebbe

derivato dal progresso tecnologico. Un *continuum* dell'orwelliano 1984. “Il primo sembra quasi il seguito del secondo: la società nuda profetizzata dal primo viene descritta nella sua concretizzazione nel secondo”³⁸. L'autore delinea i nuovi caratteri dell'elaborato elettronico rispetto all'archivio tradizionale, non solo una “semplificazione”, ma una “vera e propria trasformazione qualitativa degli effetti derivanti dalla raccolta delle informazioni”³⁹. Il computer concentra i dati nello spazio, permette una gestione economica delle risorse e garantisce la trasformazione delle nozioni in informazione organizzata⁴⁰. Un cambio di paradigma che impone anche al giurista l'adozione di nuovi schemi di pensiero per la tutela dei diritti fondamentali.

L'ingresso nell'ordinamento del domicilio informatico quale interesse meritevole di tutela non avviene nel campo della procedura penale, sede naturale dell'antitesi tra individuo e autorità. È il diritto penale a prevedere per primo la tutela del nuovo bene giuridico. In origine, l'elaborato elettronico, oggi più comunemente definito dispositivo elettronico o digitale, è protetto dalle interferenze private. È da queste allora che si deve partire.

Nel 1993 il Legislatore con l. n. 547 introduce nel Codice penale l'art. 615-ter, “*Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*”. Il reato è inserito nel titolo XII “*Dei delitti contro la persona*” e nella sezione IV “*Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio*”. Già la posizione sistematica della norma denota la notevole rilevanza attribuita al bene protetto. Questa si può poi cogliere anche dalla formulazione della fattispecie criminosa. Si tratta di reato di mera condotta, per cui è sufficiente il solo accesso abusivo, perché punita è l'acquisizione-cognizione dei dati contenuti⁴¹.

Di particolare interesse per i nostri fini è l'aggravante a effetto speciale di cui al co. 2. La pena è da uno a cinque anni di reclusione se il fatto tipico è commesso “da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio”. L'aggravamento del trattamento sanzionatorio è indice di un maggior disvalore penale della condotta commessa da un soggetto attivo con qualifica pubblicistica. Quest'ultima dimostra una più intensa pericolosità, perché implica l'abuso del potere nei confronti dell'utente, rilegato ad una situazione giuridica di soggezione⁴². Si rompe il nesso di fiducia che lega cittadini e membri delle Istituzioni.

³⁸ G. Alpa, *Il diritto di essere sé stessi*, La nave di Teseo, Krisis, 2021, p. 255.

³⁹ S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Jovene, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, 2018 (1° ed. 1973), p. 12.

⁴⁰ S. Rodotà, *op. cit.*, 2018, pp. 13 ss.

⁴¹ S. Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2990.

⁴² L. Cuomo – D. Razzante, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Giappichelli, 2009, p. 104.

Tuttavia, non deve essere sopravvalutata la portata della norma. Se la condotta del pubblico ufficiale è incriminata allorquando ricorre l'abuso dei poteri, è all'estensione di questi ultimi che bisogna guardare. In altri termini, se la legge non prevede limiti certi, precise condizioni e adeguate garanzie, il domicilio informatico del cittadino rimane esposto ad aggressioni, ciononostante considerate pienamente legittime. Sono le regole procedimentali, penali o amministrative, ad integrare la fattispecie dell'illecito.

Una svolta vi è stata con la Convenzione di Budapest del 2001, ratificata in Italia con l. n. 48 del 2008. Le novità relative ai profili sostanziali sono in realtà contenute⁴³; vengono modificati gli artt. 615-*quinquies* e 635-*bis* e vengono introdotti gli artt. 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* c.p.⁴⁴ Al contrario, per il settore delle investigazioni informatiche la Convenzione ha rappresentato “una vera e propria rivoluzione copernicana”⁴⁵. È stato inserito il c.d. *freezing*, cioè il congelamento dei dati per ragioni urgenti, ed è stato dato ordine alla disciplina della *data retention*, l'obbligo per gli *Internet Service Providers* di conservare i dati degli utenti ai fini di repressione dei reati. Ha acquisito autonoma rilevanza la nozione di documento informatico e, in termini più generali, il tema stesso delle indagini ad alto contenuto tecnologico è stato regolato alla luce delle sue peculiarità.

Il Legislatore, in forza dell'obbligo di disciplinare in modo diverso fattispecie diverse *ex art.* 3 Cost., ha introdotto un *corpus* normativo specifico, che prende in considerazione gli interessi che vengono in rilievo. L'analisi degli istituti e della loro prassi applicativa sarà sviluppata nel capitolo III. Si devono però prima affrontare i principi ispiratori della nuova disciplina, per comprendere il paradigma politico e culturale in cui le norme si inseriscono.

Nel Preambolo si afferma che la Convenzione è stata adottata “*tenendo presente la necessità di garantire un equo bilanciamento tra l'interesse per l'azione repressiva ed il rispetto dei diritti umani fondamentali come previsto nella Convenzione del Consiglio d'Europa del 1950 per la Tutela dei Diritti Umani e le Libertà Fondamentali, la Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite del 1966 sui Diritti Civili e Politici e gli altri trattati applicabili sui diritti umani che riaffermano il diritto di ciascuno di avere opinioni senza condizionamenti, come anche il diritto alla libertà di espressione, incluso il diritto di cercare, ricevere, e trasmettere informazioni e idee di ogni tipo, senza limiti di frontiere, e il diritto al rispetto della privacy*”.

⁴³ M. Scoletta, *Il nuovo regime penale delle falsità informatiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, (a cura di) L. Lupària, Giuffrè, 2009, p. 4.

⁴⁴ Le modifiche e le nuove fattispecie di reato hanno riguardato i c.d. “danneggiamenti informatici”. Si tratta di condotte che ledono informazioni, dati o programmi, o gli stessi sistemi informatici.

⁴⁵ G. Braghò, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, (a cura di) L. Lupària, Giuffrè, 2009, p. 181.

Il Consiglio d'Europa ha inteso ampliare i poteri investigativi della polizia e degli organi requirenti, ma con un limite ben preciso: i diritti fondamentali. Vi deve essere un *equo bilanciamento* che non sacrifichi il diritto alla privacy, la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto ad essere liberamente informati. Diritti cruciali tanto per l'individuo quanto per la collettività, essendo condizione per il regolare svolgimento della vita democratica.

Prima di procedere alla trattazione delle regole in cui siffatti principi sono stati tradotti, è ora necessario analizzare la nozione di domicilio informatico e la sua rilevanza costituzionale. È la seconda tappa dell'*iter* logico-giuridico che questo scritto segue.

2.2.) *Il domicilio informatico*

Dopo l'introduzione dell'art. 615-ter, la giurisprudenza di legittimità è stata chiamata a definire il bene giuridico protetto dalla fattispecie penale.

La Corte di Cassazione ha *in primis* valorizzato alcuni dati testuali: il reato incrimina la condotta di colui che si introduce abusivamente nel sistema *protetto da misure di sicurezza* ovvero si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il *diritto di escluderlo*. Il legislatore attraverso la tipizzazione degli elementi oggettivi ha effettuato un tacito rinvio agli *iura admittendi e prohibendi* della libertà di domicilio. Infatti, “L'art. 615-ter non si limita a tutelare solamente i contenuti personalissimi dei dati raccolti nei sistemi informatici protetti, ma offre una tutela più ampia che si concretizza nello *ius excludendi alios*, quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso...”⁴⁶.

Dunque, il titolare del domicilio informatico, al pari di quello fisico, è *dominus* dello spazio di sua competenza, ha il potere di decidere chi ammettere e per quanto tempo consentirne la permanenza; deve ricorrere anche il concreto esercizio del potere. L'elemento è *condicio sine qua non* per l'integrazione della nozione. Si può allora concludere che ricorra il terzo dei cinque requisiti essenziali individuati in precedenza per il domicilio tradizionale⁴⁷.

Secondo la definizione data dalla Cassazione “*Il domicilio informatico deve intendersi come spazio ideale in cui sono contenuti i dati informatici di pertinenza della persona, che deve essere salvaguardato al fine di impedire non solo la violazione della riservatezza della vita privata, ma qualsiasi tipo di intrusione, anche se relativa a profili economico-patrimoniali*

⁴⁶ Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, Piersanti, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2990.

⁴⁷ v. par. 1.4.), capitolo II.

dei dati”⁴⁸. Compare nella massima di diritto della Suprema Corte la parola “riservatezza”, che ricorrerà molteplici volte in questo scritto, specialmente nelle pagine del prossimo paragrafo. Tuttavia, ben più noto è il termine *privacy*, derivante dall’esperienza americana che per prima ha affrontato il tema. È doveroso partire da qui per cogliere gli interessi coinvolti.

Nel 1890 fu pubblicato un saggio di Warren e Brandeis intitolato *The Right to Privacy* destinato ad essere ricordato come una pietra miliare nella ricostruzione dogmatica dell’istituto. In un’epoca in cui ancora non era riconosciuto come diritto della persona i due autori ne definirono i caratteri essenziali, contestando che si trattasse di una declinazione del diritto di proprietà. “The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in really not the principle of private property, but that of an inviolate personality”⁴⁹. È la persona ad esigere protezione dei propri bisogni, che non sorgono dal negozio giuridico, ma dalla realtà e dai suoi sviluppi nel tempo⁵⁰.

Tale approccio ermeneutico e di politica del diritto è oggi accolto da molte Corti supreme dei Paesi occidentali, che considerano le carte fondamentali aperte e storicamente condizionate. In questa prospettiva i diritti costituzionali coinvolgono una pluralità di valori che mutano nel corso del tempo, talvolta esigendo una più intensa protezione e imponendo un nuovo bilanciamento⁵¹. L’analisi non può dunque prescindere da una “scomposizione” della norma-principio.

Uno dei primi autori ad aver adottato un simile approccio è stato Prosser. Ragionando in termini di *torts*, intesi nella tradizione di Common law come violazioni conseguenti a fatti illeciti, ha sostenuto che la lesione del diritto alla privacy abbia ad oggetto non uno, ma quattro distinti profili: 1) l’intromissione nella sfera di riservatezza di altri, 2) l’esposizione al pubblico di fatti imbarazzanti per l’interessato, 3) la comunicazione di informazioni che trasmettono una falsa rappresentazione e 4) l’illegittima appropriazione dell’altrui personalità⁵².

Il quadro sistematico descritto ha il pregio di cogliere un nuovo profilo della privacy: la conoscenza. L’indebita intrusione nell’altrui sfera di riservatezza non viola solo l’intimità,

⁴⁸ Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3065, De Vecchis, in *Foro.it*, 2000, p. 133.

⁴⁹ S.D. Warren – L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, p. 205.

⁵⁰ S.D. Warren – L.D. Brandeis, *op. cit.*, 1890, pp. 213 ss.

⁵¹ R. Bifulco, *Introduzione ai diritti e ai doveri costituzionali*, in *Trattato di diritto costituzionale*, (a cura di) M. Benvenuti e R. Bifulco, Giappichelli, 2022, vol. III, cap. III, pp. 3 ss.

⁵² W.L. Prosser, *Privacy*, in *California Law Review*, 1960, vol. 46, p. 389.

ma incide anche sulla percezione che gli altri hanno dell'interessato. In questi termini, si è giunti ad affermare che “privacy is the condition enjoyed by one who can control the communication of information about himself”⁵³.

Questa concezione è stata destinataria di aspre critiche⁵⁴. Il controllo assoluto delle informazioni non compete ad alcun individuo. Si pensi a un uomo di pubblica fama. La rappresentazione che ne è data all'esterno dipende dagli organi di informazione, i quali esercitano il diritto costituzionale di critica e cronaca giornalistica. Far coincidere il diritto alla privacy con il controllo di tutte le informazioni (o con la pretesa di tale controllo) rischia di rendere inesistente lo stesso diritto alla privacy.

Molte altre e diverse tesi sono state formulate. Privacy come creazione di conoscenza, privacy come dignità e privacy come libertà⁵⁵. Il numero delle definizioni tende a coincidere con il numero di autori che hanno affrontato il tema.

Intenzione di chi scrive non è ricostruire la storia della nozione, bensì definire i diritti fondamentali coinvolti nel dispositivo digitale. La breve trattazione effettuata è però utile perché permette di cogliere il carattere intrinsecamente equivoco del termine *privacy*⁵⁶. È interpretato con significati talvolta in contraddizione fra loro, coinvolge molteplici interessi ed è analizzato diversamente a seconda dei giudizi politici di colui che scrive⁵⁷. Utilizzarlo in questa sede rischierebbe allora di farci cadere nei medesimi pregiudizi e incomprensioni. Martin Heidegger parlerebbe di insufficienza del linguaggio.

Il metodo che si intende adottare inverte le fasi dell'iter logico-giuridico che di solito si assume: piuttosto che discendere dal diritto fondamentale ai singoli interessi è preferibile muovere da questi ultimi e successivamente individuare il bene giuridico protetto.

⁵³ L. Lusky, *Invasion of Privacy: A Clarification of Concepts*, in *Columbia Law Review*, 1972, vol. 72, p. 709. Per la ricostruzione della nozione di controllo sui dati, nella dottrina italiana v. P. Patrono, *Privacy e vita privata (dir. pen)*, in *Enc. dir.*, 1986, XXXV, p. 560. L'autore sostiene che il nuovo interesse sia da riconoscere a fronte dei *computer crimes*, che spesso hanno quale finalità il furto delle informazioni.

⁵⁴ v. P.M. Schwartz, *Internet Privacy and the State*, in *Connecticut Law Review*, 2000, v. 32, pp. 815-859; v. anche A.L. Allen, *Privacy-as-Data control: Conceptual, Practical and Moral Limits of the Paradigm*, in *Connecticut Law Review*, 2000, v. 32, p. 861-875.

⁵⁵ J. Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, Vintage Books, 2000.

⁵⁶ Problematica risulta anche la sua traduzione in italiano, come sottolineato da G. Martinotti, *La difesa della privacy*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 576. “La traduzione letterale di *privacy* con “privatezza” è [...] puramente meccanica e non serve se non a rimandare al vocabolo inglese. L'uso di altri termini come “riservatezza” è invece limitato perché si riferisce [...] solo ad uno del complesso di significati del termine *privacy*”.

⁵⁷ R.C. Post, *Three Concepts of Privacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, vol. 89, p. 2087.

3. Gli interessi coinvolti

3.1.) *La riservatezza dei dati informatici*

Il diritto alla riservatezza dei dati informatici, introdotto in via giurisprudenziale dalle Corti nazionali, trova oggi espresso riconoscimento anche a livello di ordinamento positivo negli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza. La prima disposizione sancisce il rispetto della vita privata e della vita familiare, mentre la seconda proclama che “*ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano*”. Già la posizione sistematica delle due norme permette di cogliere l’indissolubile legame che intercorre tra i dati e gli aspetti intimi della persona. I primi sono estrinsecazione dei secondi.

Il punto di partenza per individuare il nucleo essenziale è il mondo oltreoceano⁵⁸ e il già citato caso *Olmstead v. United States*⁵⁹. La Corte suprema ritenne che l’utilizzo delle intercettazioni ai fini di indagine non violasse il quarto emendamento della Costituzione federale, perché il nuovo mezzo di ricerca della prova non rientrava tra gli “*unreasonable searches and seizures*” da cui il cittadino è protetto. Il principio di diritto sarebbe stato oggetto di *overruling* in *Katz v. United States*⁶⁰ alcuni anni dopo, ma già nel 1928 Brandeis diede una definizione di privacy cruciale per le successive evoluzioni: essa è “*the right to be let alone*”.

Il primo interesse ad essere stato riconosciuto meritevole di tutela è l’intimità del cittadino, la cui sfera personalissima non può essere violata. L’ordinamento deve garantire una cintura di sicurezza che sia tanto più stringente quanto più aggressive diventano le nuove forme di intrusione. È questo il nocciolo del diritto alla riservatezza. La protezione dei dati informatici non è altro che un salto qualitativo legato allo sviluppo tecnologico; nonostante alcuni profili di differenza, il bene da proteggere rimane l’istinto primordiale dell’essere umano a conservare la conoscenza di sé stesso rispetto al mondo esterno⁶¹. L’utilità in esame esprime un valore della persona individuale e collettivo, “che qualunque ideologia deve rispettare e garantire se vuole lasciare all’individuo uno spazio di libertà in cui operare e agire”⁶².

⁵⁸ Per un’approfondita analisi delle posizioni interpretative negli Stati Uniti v. A. Baldassarre, *Privacy e costituzione: l’esperienza statunitense*, Bulzoni, 1974.

⁵⁹ U.S. Supreme Court, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473-474 (1928).

⁶⁰ U.S. Supreme Court, *Katz vs United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

⁶¹ S. Orlando, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, in *Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale. Sicurezza informatica, strumenti di repressione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, 2° trim., p. 181.

⁶² R. Tommasini, *Osservazioni in tema di diritto alla privacy*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, vol. 1, p. 202.

L'esigenza di riservatezza non è legata alla sola nozione di intimità, intesa quale libero esplicarsi della vita privata. Abbraccia un concetto più ampio: la dignità. Ciò si coglie appieno se si ragiona in termini di illecito. Nel momento in cui vi è un'indebita intromissione vengono disattese le aspettative sociali che ciascuno di noi nutre nei confronti dell'altro⁶³. Si rompe il patto sociale tra cittadino e cittadino o tra cittadino e Istituzione per cui vi debba essere un confine insuperabile derivante dalla stessa natura di esseri umani. L'invasione della vita privata è dunque "an intrinsic offense against individual dignity"⁶⁴. Intrinseca, sostiene Rosen, perché provoca pregiudizio a prescindere dalle conseguenze contingenti. È l'atto in sé, di mettere a nudo l'intimità, che incide sull'idea che abbiamo di noi stessi. *A fortiori*, il pregiudizio è più grave se commesso da un organo dello Stato, quale il Pubblico Ministero che compie atti di indagine, perché induce i consociati a diffidare del potere pubblico.

Questo passaggio permette di cogliere il rapporto che intercorre tra il dispositivo digitale e i dati in esso conservati: è il contenitore stesso, sebbene strumentale alla tutela di quanto ivi contenuto, ad esigere protezione da parte dell'ordinamento. Lesione non si ha solo attraverso il furto o la manomissione dei dati, ma già nel momento in cui un terzo privo di legittimazione accede al sistema. Se ragionassimo in termini di interferenze private non avremmo alcun dubbio. Come già illustrato⁶⁵, nel 1993 il Legislatore italiano ha incriminato la condotta dell'*accesso* abusivo al sistema informatico. Del pari, in prospettiva di domicilio tradizionale, interferenza si avrebbe già con l'ingresso nello spazio del Pubblico Ufficiale. Si può allora concludere che la riservatezza dei dati sia indissolubilmente legata all'integrità del sistema informatico. Quest'ultima è *condicio sine qua non* della prima⁶⁶.

Così come per la tutela della libertà domiciliare in Costituzione italiana, anche l'esigenza di riservatezza sorge nei confronti dello Stato. In *Eisenstadt v. Baird*⁶⁷ la Corte americana parlò di "*right of the individual to be free from unwarranted governmental intrusion*".

Ciò si potrebbe spiegare riferendosi alla funzione della legislazione. Secondo l'antico brocardo *ubi societas ibi ius*, la legge è per natura regolazione della vita dei cittadini, per cui è in essa insito il pericolo di una eccessiva intrusione del potere pubblico nella sfera individuale. In questo contesto si inserisce il costituzionalismo, che fin dai suoi albori,

⁶³ R.C. Post, *op. cit.*, 2000, p. 2092. L'autore parla di "rupture of significant normative expectations".

⁶⁴ J. Rosen, *op. cit.*, 2000, p. 19.

⁶⁵ v. par. 2, cap. II.

⁶⁶ Quanto detto sarà ripreso più avanti in tema di *trojan informatico*. Il mezzo di ricerca della prova trova oggi regolamentazione ai fini delle intercettazioni ambientali, incidendo secondo le intenzioni del Legislatore sul solo art. 15 Cost.

⁶⁷ U.S. Supreme Court, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

tradizionalmente ricondotti al *The bill of rights* inglese del 1689, è limitazione del potere del sovrano. L'analisi costituzionale degli interessi coinvolti dal dispositivo digitale non può che essere nel solco del conflitto tra privato e pubblico.

In che relazione si pongono gli interessi di cui si è discusso rispetto all'attività di *law enforcement*? Quando l'attività del P.M. può considerarsi legittima? È evidente che vi sia un rapporto di antitesi, perché gli organi requirenti vorrebbero poter accedere senza restrizioni. In questa prospettiva la riservatezza dei dati è un mero ostacolo alla repressione degli illeciti⁶⁸. È doveroso allora che vengano disposti precisi limiti e adeguate garanzie sostanziali e procedurali, per un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco. Il sacrificio della riservatezza, intesa quale intimità e dignità, può avvenire solo per il perseguimento di un interesse di pari rango⁶⁹.

Un dato di riflessione è riportato da Rosen, che risalta l'intrinseca contraddizione nell'attività dello Stato. Sebbene questo debba essere garante della protezione dei dati, tuttavia per finalità di carattere pubblico è tenuto a consentirne la violazione⁷⁰. Se ciò è inevitabile, essendo l'interesse alla repressione dei reati imprescindibile, ruolo cruciale deve essere assunto dalle Corti supreme. Queste devono essere le sentinelle dei diritti fondamentali, attente a prevenire la loro eccessiva compressione.

3.2.) *La sicurezza dei dati informatici*

L'interesse alla sicurezza dei dati informatici è per alcuni profili meno intuitivo di quello alla riservatezza. Infatti, se il cittadino gode del diritto a preservare la conoscenza dei propri dati, verrebbe da domandarsi perché ricorra anche l'esigenza di garantirne la sicurezza. La pretesa verso l'esterno di integrità parrebbe in contraddizione con il diritto all'intimità. In altri termini, *the right to be let alone*, se concepito come libertà negativa, dovrebbe comportare in capo ai soggetti terzi un obbligo di *patti*, non anche di cooperazione. Si rende allora necessario analizzare il contesto in cui questa utilità si inserisce ad affrontare in un secondo momento le questioni più rilevanti relative alla sicurezza dei dati informatici.

⁶⁸ R.C. Post, *op. cit.*, 2000, p. 2094. Nel testo è affermato che “the dignitary norms of privacy are merely hindrances and burdens”.

⁶⁹ La questione dei metodi per operare il bilanciamento e di quali siano gli interessi di pari rango sarà affrontata nel cap. IV.

⁷⁰ J. Rosen, *op. cit.*, 2000, p. 63.

L'idea che esista un diritto assoluto alla riservatezza è stata sottoposta a molteplici critiche. Specialmente nell'epoca della digitalizzazione è utopico immaginare che si possa vivere senza la trasmissione dei propri dati.

Il primo ad aver colto questa nuova dimensione è stato Alan Westin in *Privacy and freedom*. L'autore, illustrando una tesi evolutiva del “*right to be let alone*”, sostiene che ciascun individuo goda del diritto a scegliere come, quando e in che misura esternalizzare la conoscenza di sé stesso⁷¹.

In questa prospettiva l'accento non è più posto sulla protezione, bensì sul controllo dei dati personali. Se l'accesso alla vita collettiva obbliga a mostrare parte di sé, la pretesa diviene quella di scegliere i soggetti a cui estendere la propria interiorità. La commistione tra pubblico e privato muta il paradigma, perché postula la libertà attiva dell'utente.

Non si può parlare di un controllo assoluto per i motivi già detti⁷², ma nel mondo digitale interconnesso deve comunque essere permessa l'esclusione dei terzi indesiderati; *a fortiori*, quando si tratta di dati *sensibili* relativi ai profili più intimi della persona. Nella “democrazia elettronica” è necessario individuare uno “statuto dell'informazione”⁷³, che conduca ad un controllo della società sui centri di potere pubblici e privati che dispongono dei dati personali⁷⁴.

La questione di diritto diventa allora come garantire la riservatezza in pubblico⁷⁵. Si è parlato di accesso ristretto e controllo limitato, per cui la protezione dei dati andrebbe graduata a seconda delle singole circostanze e delle finalità⁷⁶. In altri termini, maggiori sono i profili di intimità coinvolti e maggiore deve essere la certezza che essi siano accessibili alle sole persone indicate dal titolare. Ad esempio, le garanzie relative alla segretezza della cartella medica digitale devono essere massime, essendo coinvolto il diritto alla salute; al contrario, le medesime esigenze non sono riscontrabili per le ricerche effettuate sui siti di shopping online ai fini del c.d. *profiling* commerciale.

⁷¹ A.F. Westin, *Privacy and freedom*, Atheneum press, 1967, p. 7. L'autore afferma che "Privacy is the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others".

⁷² v. par. 2.2.), cap. II.

⁷³ G. Alpa, *Privacy e statuto dell'informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, vol. 1, p. 119. L'autore ritiene che la nuova dimensione di commistione tra sfera individuale e sfera collettiva non sia un interesse meramente individuale, bensì collettivo, perché i pericoli riguardano il funzionamento della democrazia.

⁷⁴ P. Patrono, *op. cit.*, 1986, p. 560.

⁷⁵ per un'analisi dettagliata del tema v. H. Nissenbaum, *Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public*, in *Law and philosophy*, 1998, vol. 17, pp. 559-596.

⁷⁶ U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Giuffrè, 2008, p. 43.

Da questa breve trattazione emerge perché nuovo interesse meritevole di tutela sia la sicurezza dei dati informatici. La condivisione delle informazioni con i terzi, elemento imprescindibile del vivere comune odierno, non ha quale suo corollario il mettersi a nudo con tutti gli utenti del web. Di qui, sorge l'esigenza per cui coloro in possesso dei nostri dati li trattino secondo adeguati standard qualitativi e per le sole finalità consentite.

L'interesse è riconosciuto all'art. 8 co. 2 della Carta di Nizza. *“Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge”*.

A livello di legislazione primaria dell'Unione Europea è il regolamento n. 679 del 2016 ad attuare il principio. L'art. 32(b) del GDPR impone in capo al titolare e al responsabile del trattamento l'obbligo di adottare misure tecniche e organizzative per *“assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento”*.

Aspetto interessante da analizzare è la facoltà di accesso degli organi requirenti ai c.d. *metadati*⁷⁷.

Spesso ad insaputa degli utenti, i dispositivi digitali producono costantemente un enorme mole di dati, conservati dagli *Internet Service Providers*, relativi alle operazioni effettuate. Ad esempio, è possibile accertare il numero di volte e l'arco temporale in cui un cittadino ha interloquuto con altro soggetto.

Queste informazioni assumono un ruolo cruciale durante la fase delle indagini⁷⁸. Dunque, se da un lato vi è un'esigenza di accesso a tutela della legalità, dall'altro emerge anche l'interesse all'esclusione del potere pubblico.

In materia la Corte costituzionale tedesca ha assunto la funzione di guida nel panorama europeo⁷⁹. Con pronuncia del 2 marzo 2010 è stata dichiarata l'incostituzionalità dei §§ 113a

⁷⁷ Per *metadati* si devono intendere alla lettera “informazioni riguardanti i dati”. Nel caso affrontato in questa sede a rilevare sono i dati relativi ai luoghi in cui vengono effettuate le telefonate, il loro arco temporale e gli interlocutori.

⁷⁸ Le condizioni di accesso degli organi requirenti sono oggetto di approfondito vaglio nel III, in cui si discute dell'obbligo del privato di collaborare con la giustizia.

⁷⁹ La prima importante sentenza del *Bundesverfassungsgericht* è del 27 febbraio 2008, avente ad oggetto le perquisizioni online. Una legge del North Westfalia permetteva il monitoraggio segreto di Internet e l'accesso in incognito al sistema informatico della persona sottoposta ad indagini, qualora ricorressero fattispecie di reato legate al terrorismo. La norma è stata dichiarata incostituzionale perché in conflitto con gli artt. 10, co. 1, e 13, co. 1, GG, a tutela della corrispondenza e del domicilio, da cui si ricava il diritto all'integrità dei sistemi

e 113b del Telekommunikationsgesetzes (TKG), così come modificato dalla legge attuativa della direttiva 2006/24/CE.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha statuito che “*la garanzia delle comunicazioni non include soltanto il contenuto delle comunicazioni, ma anche la segretezza delle circostanze della comunicazione, che comprende in particolare se, quando e quante volte una persona [...] ha preso contatto con un'altra o ha cercato di farlo*”. L'esigenza di protezione deve essere riconosciuta perché “*la valutazione di questi dati rende possibile il trarre conclusioni su aspetti intimi della vita privata e, in presenza di determinate circostanze, il definire un quadro dettagliato della personalità e profili riguardanti i movimenti di una persona*”⁸⁰.

Il timore avvertito dalla Corte è stato quello di consentire un eccessivo ampliamento dei poteri investigativi, tali da permettere la cognizione di dati sensibili e il tracciamento degli utenti, con possibili abusi da parte dell'autorità⁸¹. Attraverso l'acquisizione dei metadati è infatti possibile risalire ai rapporti personali, sociali, politici ed economici di una persona⁸². Medesima prospettiva è stata assunta anche dalla Corte suprema degli Stati Uniti in *Carpenter v. United States*⁸³. L'imputato, condannato sulla base dei dati ricavati dal suo dispositivo telefonico, asserì che il mezzo di ricerca della prova violasse il quarto emendamento.

La Corte, nell'accogliere la questione, affermò che “*as with GPS information, the time-stamped data provides an intimate window into a person's life, revealing not only his particular movements, but through them his familiar, political, professional, religious, and sexual associations*”.

Le due pronunce dimostrano che la pretesa di sicurezza ed esclusione dei terzi non è solo nei confronti di soggetti privati che potrebbero commettere reati, ma anche verso lo Stato (*rectius*, soprattutto verso lo Stato). Nei casi descritti il Parlamento è tenuto a garantire che i

informatici. Ad avviso della Corte, l'accesso a tutti i dati del sistema avrebbe consentito la ricostruzione della vita del cittadino. Per un maggior approfondimento v. R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, vol. 3, pp. 695 ss.

⁸⁰ I passi della sentenza e la loro traduzione sono riportati in S. Rodotà, *op. cit.*, 2012, pp. 331 e 332.

⁸¹ R. Flor, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, vol. 11, n. 2, p. 381.

⁸² S. Rodotà, *op. cit.*, 2012, p. 332.

⁸³ US Supreme Court, *Carpenter v. United States*, 585 U.S. 16, 402 (2018). La pronuncia fu alquanto dibattuta, perché la tesi risultata minoritaria invocò l'applicazione della *third-party doctrine*, secondo la quale l'aspettativa di riservatezza cade nel momento in cui l'informazione è deliberatamente resa pubblica dal titolare.

dati acquisiti dai *Providers* rimangano all'oscuro degli organi requirenti. Il Legislatore si trova così nella contraddittoria posizione, notata da Rosen, di dover proteggere i dati al fine di limitare il proprio potere, nonostante i cittadini non abbiano coscienza di quanto rivelato all'esterno. Si tratta di situazione particolarmente delicata, dato il significativo coinvolgimento di diritti fondamentali e la mancata consapevolezza degli utenti.

Come disposto dal *Bundesverfassungsgericht* nella sopracitata sentenza, se taluni interessi generali assoluti giustificano la compressione dei diritti, il bilanciamento deve però essere operato secondo chiarezza e tassatività⁸⁴.

3.3.) *L'identità informatica*

Nel mondo digitale, in cui è opaco il confine tra spazio individuale e collettivo, mutano le esigenze dell'utente. “A differenza che nella sfera privata, nella vita pubblica non si può tracciare una linea grafica oltre la quale la persona ha diritto ad essere lasciata sola; non si può in questo caso stabilire una specie di ambiente nel quale, oltre al diritto di proprietà del singolo, si esercita anche il diritto a non essere disturbato”⁸⁵.

Assunta questa prospettiva, l'esigenza di controllo non si proietta solo sui soggetti legittimati all'accesso, ma anche sul contenuto dei dati.

L'art. 8, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che “*ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica*”. L'art. 5(d) del GDPR dispone che “*i dati personali sono esatti e, se necessario, aggiornati [...]*”. Il capo III, rubricato “*Diritti dell'interessato*”, riconosce e disciplina il diritto di rettifica (art. 16) e il diritto all'oblio (art. 17).

Dal quadro normativo descritto emerge l'interesse alla veridicità dei dati informatici. Essendo l'essere umano indissolubilmente legato all'informazione di sé, il diritto è prodromico all'esatta rappresentazione all'esterno. “You are your information, so anything done to your information is done to you, not to your belongings”⁸⁶. La corrispondenza al vero dei dati e il loro periodico aggiornamento incidono sulla percezione di chi siamo nel mondo. Ad essere coinvolto è il *diritto all'identità*, inteso quale pretesa a che la proiezione della persona nella collettività non subisca travisamenti tali da alterare quanto pensato, detto o

⁸⁴ R. Flor, *op. cit.*, 2010, pp. 382 e 383.

⁸⁵ G. Alpa, *op. cit.*, 2021, p. 258.

⁸⁶ L. Floridi, *Four Challenges for a Theory of Informational Privacy*, in *Ethics and Information Technology*, 2006, vol. 8, p. 111.

scritto⁸⁷. In questa nuova dimensione della riservatezza, che impone diverse forme di tutela del cittadino⁸⁸, si coniugano individuo e società. La trasposizione del piano individuale-interiore su quello collettivo-estriore non pone in pericolo la sola immagine, ma lo stesso *essere* della persona. Infatti, mentre si può avere lesione della reputazione anche attraverso l'esternalizzazione di fatti veri, l'elemento che qui rileva è l'intrinseca falsità dell'informazione.

La questione diventa più complessa se si prende in considerazione un altro carattere dello spazio digitale: l'eterno ricordo.

Celebre è una sentenza della Corte di Giustizia UE che nel 2014 ha riconosciuto il *diritto all'oblio*⁸⁹. È stato disposto che l'incompatibilità con il diritto europeo può derivare dal fatto che i dati “*siano conservati per un arco di tempo superiore a quello necessario, a meno che la loro conservazione non si imponga per motivi storici, statistici o scientifici. [...] Tale situazione si configura in particolare nel caso in cui i dati risultino inadeguati, non siano o non siano più pertinenti, ovvero siano eccessivi in rapporto alle finalità suddette e al tempo trascorso*”⁹⁰.

Il cittadino ha interesse non solo ad una esatta rappresentazione di sé, ma anche alla sua attualità. Fatti lontani nel tempo e non più rilevanti, seppur veri, potrebbero ledere l'identità del singolo nella collettività. È stato efficacemente affermato “*Ieri la damnatio memoriae. Oggi l'obbligo del ricordo*”⁹¹.

Il bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero è particolarmente problematico quando oggetto della comunicazione è il procedimento penale, perché coinvolta è la *vexata quaestio* del rapporto tra processo e organi di informazione. La questione si è posta dinnanzi

⁸⁷ G. Pino, *Il diritto all'identità personale*, il Mulino, 2009, p. 9. L'autore riporta anche altre definizioni della posizione giuridica date in dottrina, quali “l'interesse all'individualità personale”, “interesse alla verità personale”, “diritto all'identità morale”, “diritto ad essere sé stessi” e “falsa luce agli occhi del pubblico”.

⁸⁸ G. Giacobbe, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, 1989, XL, p. 1256. “In tale ambito il discorso sull'esigenza della tutela della vita privata del soggetto si è ampliato, rivelandosi come la posizione della persona trovi una ulteriore proiezione nelle relazioni sociali che ne definiscono l'identità, e si è così profilata una nuova situazione giuridica soggettiva definita diritto all'identità personale”.

⁸⁹ Corte di giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González. Il caso ha origine dalla pretesa di un cittadino spagnolo di rimuovere dal motore di ricerca di Google alcuni dati personali pubblicati in un articolo di giornale considerato non più attuale. L'*Audiencia Nacional* (Corte suprema spagnola) ha sollevato questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* davanti alla Corte di Giustizia.

⁹⁰ Il principio di diritto è affermato ai paragrafi 92 e 93 della sentenza.

⁹¹ S. Rodotà, *op. cit.*, 2012, p. 404.

alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁹², che con una criticata decisione ha ritenuto legittima la decisione dello Stato nazionale di non rimuovere i dati dal motore di ricerca⁹³.

In sintesi, il diritto all'identità informatica nel mondo interconnesso coinvolge due interessi: la veridicità dei dati informatici e la loro attualità. Ve ne è però anche un terzo.

Esso si coglie muovendo l'attenzione su un ulteriore profilo dei sistemi digitali: il costante tracciamento. Gli *Internet Service Providers* immagazzinano senza soluzione di continuità i nostri dati, i siti attraverso l'utilizzo dei cookies raccolgono informazioni su tutte le nostre operazioni e le perquisizioni *online* mettono a repentaglio l'intimità. L'interesse non è più solo escludere gli altri, ma anche non essere inclusi nel processo di sorveglianza⁹⁴.

Il diritto all'identità torna allora ad intrecciarsi con quello alla riservatezza, perché l'esposizione di fatti privati fuori dal loro contesto trasmette una falsa idea dell'individuo⁹⁵. Dichiarazioni rese in un momento confidenziale e privato acquisiscono significato profondamente diverso se introdotte nelle dinamiche processuali e successivamente pubblicate dagli organi di stampa. L'esigenza di essere lasciati indisturbati contribuisce a preservare l'identità. Il *chi siamo* è dato da verità e attualità della rappresentazione, ma anche dall'oscuramento delle informazioni parziali.

A conclusione di quanto detto, il diritto all'identità informatica è una posizione giuridica complessa. In termini di categorie hohfeldiane, oltre ad essere una situazione attiva di *claim* (pretesa) è anche una situazione passiva di *liberty* (libertà)⁹⁶. L'esatta rappresentazione dell'io nel mondo postula il diritto alla veridicità e alla pertinenza dei dati (situazione attiva), la pretesa al loro inserimento nel contesto di origine (situazione attiva) e il diritto a essere lasciati da soli con certi fatti intimi (situazione passiva).

⁹² Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, sent. 19 ottobre 2017, Fuchsman c. Germania, ric. n. 71233/2013.

⁹³ v. E. Mazzanti, *Vecchio sospetto di reato e diritto all'oblio. A proposito di una recente sentenza della corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, v. 4. L'autore sottolinea però l'approccio pragmatico della Corte EDU, che nel caso di specie ha ravvisato anche il mancato esaurimento dei mezzi di ricorso interni. Pertanto, non è esclusa l'assunzione di una nuova posizione in futuro.

⁹⁴ U. Pagallo, *op. cit.*, 2008, p. 245.

⁹⁵ J. Rosen, *op. cit.*, 2000, p. 223.

⁹⁶ Il tema è ben approfondito da L. Floridi, *op. cit.*, 2006, p. 111. L'autore afferma che "looking at the nature of a person as being constituted by that person's information allows one to understand the right to informational privacy as a right to personal immunity from unknown, undesired or unintentional changes in one's own identity as an informational entity, both actively and passively. Actively, because collecting, storing, reproducing, manipulating etc. one's information amounts now to stages in stealing, cloning or breeding someone else's personal identity. Passively, because breaching one's informational privacy may now consist in forcing someone to acquire unwanted data, thus altering her or his nature as an informational entity without consent".

Quel che ne risulta è un'oggettività difficile per il Legislatore circa il garantire un'adeguata tutela e un corretto bilanciamento con gli altri diritti fondamentali. Ciascun profilo del diritto all'identità impone un trattamento e una protezione *ad hoc*.

3.4.) *L'autodeterminazione informativa*

Nel 1983 la Corte costituzionale tedesca, dichiarando la parziale illegittimità della legge sul censimento, riconobbe il *diritto all'autodeterminazione informativa*⁹⁷, quale “*facoltà del singolo di decidere essenzialmente da sé circa la cessione e l'uso dei propri dati personali*”⁹⁸. L'individuazione del nuovo diritto avvenne sulla base degli artt. 1 e 2 della legge fondamentale, i quali tutelano la dignità umana e il libero sviluppo della propria personalità. Il riferimento alla libertà di autodeterminazione fu straordinariamente lungimirante, perché mise a fuoco già allora un valore che nello spazio digitale odierno assume un ruolo cruciale. Per individuarlo è necessario fare un passo indietro.

Sono stati esposti una pluralità di interessi. La riservatezza è a protezione dell'intimità e della dignità, il controllo sui dati intende garantire i soggetti a cui mostrarsi e l'esattezza della rappresentazione mira a preservare l'identità della persona. Tuttavia, queste situazioni giuridiche non esprimono solo un valore autonomo, ma anche *funzionale*. Sono strumentali alla realizzazione di un interesse ancor più insito nella natura umana.

È difficile trovar parole più efficaci di quelle adottate dei giudici del *Bundesverfassungsgericht*: “*un ordinamento sociale e un ordinamento giuridico [...], nei quali i cittadini non possono sapere da chi, come, quando, in quale occasione, sono conosciute le informazioni che li riguardano, sarebbero incompatibili con il diritto all'informationelle Selbstbestimmung. Chi è incerto se comportamenti devianti siano registrati e memorizzati durevolmente, utilizzati o trasmessi come informazione, sarà portato ad evitare quei comportamenti. Chi ritiene che la sua partecipazione ad una riunione o ad una iniziativa civica, possa essere registrata dall'autorità e che da ciò possano derivare per lui dei rischi, rinuncerà forse ad esercitare quei diritti fondamentali. Ciò pregiudicherebbe non solo la possibilità di realizzazione dell'individuo, ma anche l'interesse generale, in*

⁹⁷ Bundesverfassungsgericht, sentenza del 15 dicembre 1983. La legge oggetto di censura disponeva in capo al cittadino l'obbligo di comunicare una significativa mole di dati, che sarebbero poi stati utilizzati non solo per finalità statistiche, ma anche amministrative.

⁹⁸ Traduzione e passo della sentenza riportati in G. Sartor, *Tutela della personalità per la protezione dei dati personali. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili di costituzionalità del “Datenschutz”*, in *Informatica e diritto*, 1986, vol. 12, p. 102, a cui si rinvia per un'analisi approfondita della pronuncia.

quanto l'autodeterminazione è una condizione elementare della società libera e democratica fondata sulla capacità di azione e cooperazione dei suoi cittadini"⁹⁹.

La tutela dei dati è *condicio sine qua non* per autodeterminarsi nello spazio digitale. Se lo Stato accedesse senza vincoli alle chat di WhatsApp, l'utente non potrebbe comunicare liberamente e inviare foto o altri contenuti. Se anche i terzi indesiderati avessero cognizione delle nostre informazioni, verrebbe lesa la libertà di azione. Qualora non fossero esatti i dati che ci riguardano, la partecipazione alla vita collettiva andrebbe incontro a limiti insormontabili. In più, negli ultimi anni l'utilizzo dei dispositivi informatici si è esteso ad ogni ambito della vita. Sulle piattaforme online il cittadino esercita il diritto di riunione, di associazione, di insegnamento, la libertà di iniziativa economica privata e i diritti politici. Questa nuova forma di libertà complessa può essere sintetizzata nell'espressione *habeas data*, che postula il ruolo attivo dell'utente nelle scelte sulla propria vita¹⁰⁰.

La questione non è solo chi siamo, ma soprattutto *chi vogliamo essere* nel mondo. L'interesse ultimo da proteggere è la libertà. "Privacy as freedom safeguards the spontaneous, independent, and uniquely individual aspects of the self"¹⁰¹

Nel 1215 con la *Magna Charta Libertatum* la promessa del re fu di non mettere le mani sulla libertà del corpo dei cittadini¹⁰². Oggi, la promessa delle democrazie liberali deve essere di non mettere le mani sulla libertà dei cittadini nello spazio digitale.

3.5.) *Un cambio di paradigma*

Nelle pagine precedenti si è tentato di non adottare il termine *privacy*, perché portatore di insuperabili equivoci. Alcuni autori ne hanno addirittura posto in discussione l'autonomia, sostenendo che si tratti di un profilo di altri diritti fondamentali¹⁰³. Tuttavia, esso è inevitabilmente riaffiorato in alcuni passaggi, perché dottrina e giurisprudenza si sono

⁹⁹ Passo riportato in G. Sartor, *op. cit.*, 1986, pp. 105 e 106.

¹⁰⁰ La formula, che ha riscosso notevole successo, è stata adottata per la prima volta da V. Frosini, *Relazione a Privacy e banche dati* (Atti del convegno di Roma, 25 febbraio 1981), (a cura di) N. Matteucci, 1981, pp. 5 ss.; Id., *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 66.

¹⁰¹ R.C. Post, *op. cit.*, 2000, p. 2095.

¹⁰² S. Rodotà, *op. cit.*, 2012, p. 256.

¹⁰³ v. J.H. Moor, *Towards a Theory of Privacy in the Information Age*, in *Computers and Society*, 1997, vol. 27, pp. 27-32. L'autore sostiene che il diritto alla privacy sia da ricondurre all'esigenza di sicurezza di ciascun consociato.

Il dibattito italiano sull'autonomia del diritto soggettivo alla riservatezza è stato declinato soprattutto in termini di risarcibilità. Per le posizioni favorevoli v. A. De Cupis, *I diritti della personalità* (1961), in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, Giuffrè, 1983, vol. 4, pp. 123 ss.; per una sintesi di tutte le opinioni contrarie v. M. Bessone – G. Giacobbe, *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia. Due esperienze a confronto*, Cedam, 1988, pp. 8 ss.

sempre confrontate con il suo significato, cercando di coglierne il nucleo e gli altri interessi coinvolti.

A conclusione dell'analisi proposta, è possibile formulare alcune riflessioni.

Il diritto alla privacy emerge nella storia quale *right to be let alone*. È tradizionalmente inteso come libertà negativa, volto a tutelare la riservatezza e l'intimità dell'individuo dalle indebite ingerenze. In una prospettiva conservatrice si declina dunque quale confine invalicabile a protezione dell'individuo dallo Stato.

Tuttavia, il progresso tecnologico ha rappresentato una rivoluzione copernicana, ponendo in rilievo esigenze prima sconosciute. Due sono gli elementi che ai fini giuridici meritano maggiore attenzione: la commistione tra spazio privato e spazio pubblico e la crescente centralità dei dispositivi digitali.

Esaminando il diritto alla sicurezza e alla veridicità dei dati informatici si è rilevata la nuova dimensione in cui vive l'utente del web. La riservatezza non può più intendersi in termini assoluti, perché lo spazio digitale interconnesso si pone in antitesi con il vivere indisturbati. “Non si tratta soltanto di mantenere saldo un possesso sulla propria sfera privata. La differenza con tutta la precedente storia della privacy sta nell'ormai obbligato vivere in pubblico, nel continuo impadronirsi da parte degli altri del fluire della nostra vita”¹⁰⁴.

Siamo di fronte ad una libertà positiva. Il cittadino pretende che il trattamento dei dati avvenga secondo adeguati standard qualitativi e per finalità legittime e può agire innanzi ad una corte per chiedere l'aggiornamento o la rettifica delle informazioni. Pertanto, l'antica solitudine è divenuta pretesa di cooperazione, affinché ci si possa liberamente autodeterminare nel mondo. La raccolta massiccia di informazioni relative agli acquisti, alle operazioni bancarie, agli spostamenti, alle relazioni intersoggettive, rappresenta il pericolo di una “memorizzazione elettronica” che limita i comportamenti individuali¹⁰⁵. Riprendendo la definizione di Bobbio di libertà positiva, la privacy è oggi anche “la situazione in cui un soggetto ha la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni, senza essere determinato dal volere altrui”¹⁰⁶.

Secondo dato da registrare, già accennato nel precedente paragrafo, è l'estensione dei sistemi informatici ad ogni circostanza del vivere collettivo. Specialmente negli ultimi tempi di

¹⁰⁴ S. Rodotà, *op. cit.*, 2012, p. 338.

¹⁰⁵ V. Zeno Zencovich, *I nuovi sistemi telematici interattivi e la tutela del diritto all'identità personale*, in *Banche dati, telematica e diritti della persona*, (a cura di) G. Alpa – M. Bessone, Cedam, 1984, pp. 295 ss. L'autore riflette sulle potenzialità dei nuovi strumenti tecnologici nella raccolta dei dati e già allora coglie i rischi che ne potrebbero derivare per lo svolgimento della personalità.

¹⁰⁶ N. Bobbio, *op. cit.*, 1978.

pandemia, l'esercizio dei diritti fondamentali si è proiettato nello spazio digitale. L'esigenza di riservatezza non è più legata alla sola intimità e dignità, ma si traduce in presupposto per il libero svolgimento della personalità.

Sono coinvolte anche libertà *ictu oculi* lontane dal tema di cui si sta discutendo, quali ad esempio la libertà di insegnamento. Infatti, se l'autorità potesse liberamente accedere alle aule virtuali di lezione, verrebbe compressa la libera manifestazione del pensiero dei professori, restii a criticare questa o quella decisione del governo. Quanto in epoca fascista avveniva attraverso la presenza fisica delle forze dell'ordine, oggi potrebbe riproporsi mediante l'occhio di una telecamera.

In conclusione, è opportuno individuare un nuovo bene giuridico, perché siamo precondizionati dal linguaggio. Infatti, il termine *privacy* ci orienta inconsciamente a focalizzarci sul suo nucleo originario, senza cogliere gli interessi di carattere assoluto emersi a fronte del progresso tecnologico. Sottovalutando la strumentalità della *privacy* all'esercizio di altri diritti fondamentali, si incorre nel pericolo di interpretarla quale mero ostacolo alla conoscenza. La questione è invece enormemente più estesa.

Nei prossimi paragrafi si procederà dapprima a individuare le norme della Costituzione italiana a protezione dei medesimi valori racchiusi nel dispositivo digitale e, in un secondo momento, a definire il bene giuridico che il Legislatore è tenuto a garantire.

4. La rilevanza costituzionale del dispositivo digitale

4.1.) La libertà di domicilio

Si è quasi giunti al termine del secondo momento dell'iter logico-giuridico seguito da questo scritto. Muovendo dalla disciplina tradizionale dello spazio fisico, si è poi proceduto a descrivere l'evoluzione dell'ordinamento e infine ad analizzare gli interessi coinvolti nell'utilizzo dei dispositivi informatici. Si deve ora verificare quali caratteristiche dello spazio digitale coincidano con i cinque elementi fondamentali individuati per il domicilio tradizionale¹⁰⁷.

¹⁰⁷ v. par. 1.4.), cap. II.

1. Si è detto che il domicilio è proiezione spaziale della libertà personale, in quanto estrinsecazione della persona; l'art. 14 Cost. intende proteggere i luoghi in cui il cittadino compie atti della vita privata ed esprime la sua intimità di essere umano. Non vi è alcun dubbio che questo carattere ricorra anche per i sistemi informatici. In *the right to be let alone* è la riservatezza l'interesse da tutelare, quell'istinto primordiale a circondarsi di una cintura protettiva dagli occhi indiscreti del resto del mondo. L'esigenza di protezione dell'individualità nello spazio, fisico o digitale che sia, è il nucleo di entrambe le posizioni giuridiche. È interessante notare come già i primi commentatori italiani della privacy, da tempo dibattuta nel mondo americano, notassero un'affinità etimologica con il domicilio. Secondo Carnelutti quest'ultimo deriverebbe da *domus* (casa) + *colere* (abitare)¹⁰⁸, mentre per Battaglini da *domus* + *celare* (nascondere)¹⁰⁹.

2. Il secondo dato colto è il conflitto con lo Stato. Anche qui vi è coincidenza, *nulla quaestio*. La celebre definizione di Brandeis fu data in un giudizio relativo alla liceità delle intercettazioni quale mezzo di ricerca della prova. Il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione informativa da parte della Corte costituzionale tedesca scaturì dalla dichiarazione di incostituzionalità di una legge sul censimento. Ogni diritto fondamentale è opposto allo Stato. “Non c'è dubbio che nell'idea di costituzionalismo vi sia un nucleo centrale ben riconoscibile, che consiste in un modo specifico di declinare la più generale esigenza della limitazione del potere politico, e di articolare le tecniche giuridiche funzionali a questo scopo¹¹⁰. Se si intende attribuire rilevanza costituzionale agli interessi di cui si sta trattando, il conflitto con il potere pubblico è uno stretto corollario della premessa.

3. Il titolare della libertà domiciliare gode degli *iura prohibendi e admittendi*. Qui la comparazione con il nuovo bene giuridico diventa più complessa. Se si prende in considerazione il solo diritto ad essere lasciati indisturbati, caratteri dello spazio fisico e digitale coincidono. Tuttavia, il nuovo elemento colto nei dispositivi digitali è la commistione tra privato e pubblico. L'esigenza di escludere i

¹⁰⁸ F. Carnelutti, *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 6

¹⁰⁹ E. Battaglini, *L'oggetto della tutela penale nella violazione di domicilio*, in *Giust. pen.*, 1953, vol. 2, p. 879.

¹¹⁰ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, 2017, p. 15.

terzi diventa *claim*, pretesa verso l'esterno. In altri termini, l'esercizio dello *ius excludendi alios* necessita della cooperazione altrui. Come notato nel caso dei metadati, l'esclusione degli organi requirenti dall'accesso dipende dagli *Internet Service Providers*.

Si può concludere che le due situazioni giuridiche ricorrano anche nello spazio digitale, ma con l'importante precisazione che il loro concreto esercizio postula in taluni casi il coinvolgimento di altri soggetti.

4. Il domicilio è da intendersi nel suo nucleo originario come libertà negativa. La Corte costituzionale ha affermato che “*Il domicilio viene in rilievo, nel panorama dei diritti fondamentali di libertà, come proiezione spaziale della persona nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente*”¹¹¹.

Tradizionalmente anche la protezione dei dati personali si è ispirata a questo paradigma. La riservatezza è il primo tra gli interessi che si sono storicamente affermati. Affermavano Warren e Brandeis che “*the individual cannot be compelled to express his thoughts, sentiment and emotions*”¹¹².

Tuttavia, come notato in precedenza, oggi siamo di fronte ad una libertà sotto alcuni profili positiva. È difficile ricondurre all'art. 14 Cost. il diritto alla sicurezza dati informatici o il diritto all'identità informatica. Lo spazio digitale presenta nuovi caratteri assenti nello spazio fisico, quali la continua esposizione al pubblico e il costante tracciamento.

5. La libertà domiciliare è strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali. Il progresso tecnologico ha fatto assumere a questo carattere una portata nuova e imprevedibile, perché se prima era poco intuitivo e secondario, nel mondo odierno è divenuto imprescindibile e centrale. Basti pensare che già nel 1989 era posta in rilievo la funzionalità della riservatezza all'esercizio di altri diritti pubblici soggettivi, pur non potendo immaginare l'avvento di Internet¹¹³.

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 135 del 2002.

¹¹² S.D. Warren – L.D. Brandeis, *op. cit.*, 1890, p. 198.

¹¹³ R. Chiarelli, *op. cit.*, 1989, p. 5. L'autore parla di “privacy domiciliare”. Si è già detto dei motivi per cui si ritiene opportuno non adottare il termine.

Ciascun cittadino abita lo spazio digitale, compiendo quotidianamente atti della vita privata e pubblica. Da conversazioni con le persone più intime all'esercizio del diritto di critica e di cronaca giornalistica, da riunioni di lavoro al diritto all'istruzione.

Si deve concludere che la tutela dello spazio digitale debba rispondere ad esigenze maggiori di quelle presenti nello spazio fisico. La riservatezza, nucleo della libertà di domicilio, è divenuta perfino secondaria nel nuovo archetipo, perché gli interessi finali sono molteplici e forse più rilevanti di quello strumentale.

In conclusione, la libertà di domicilio è certamente il diritto fondamentale, tra quelli espressamente previsti in Costituzione, più vicino al bene giuridico che stiamo analizzando. Se ci limitassimo ad un'impostazione tradizionale, vi sarebbe anche una quasi perfetta coincidenza con il diritto ad essere lasciati da soli. Tuttavia, l'evoluzione tecnologica ha introdotto nello spazio digitale nuove dinamiche a cui sono inevitabilmente conseguiti nuovi interessi meritevoli di tutela.

La ricerca deve continuare, verificando quali altri diritti costituzionali coinvolgano quei profili di libertà positiva assenti nel domicilio tradizionale. Solo allora si renderà possibile individuare il nuovo diritto fondamentale.

4.2.) *La libertà di corrispondenza*

L'esigenza di riservatezza è stata tradizionalmente ricondotta anche alla libertà e alla segretezza della corrispondenza. Le prime questioni di compatibilità con l'art. 15 Cost. si sono poste in seno a procedimenti penali in cui gli organi requirenti hanno fatto ricorso all'installazione di invisibili apparecchiature elettroniche presso il domicilio. Essendo oggetto di captazione i dialoghi tra i presenti, è stato sostenuto che un'ispezione di tal genere sia "intrinsecamente idonea a interferire con la segretezza delle comunicazioni"¹¹⁴.

La Corte costituzionale ha assunto prospettiva analoga, statuendo che "*proprio perché la Costituzione riconosce un particolare pregio all'intangibilità della sfera privata negli aspetti più significativi e più legati alla vita intima della persona umana, le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose*"¹¹⁵

¹¹⁴ G. Amato, *op. cit.*, 1975, p. 79.

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 366 del 1991.

Sebbene questa tesi, certamente da condividere, sia ancora legata al rispetto della vita privata, è però utile per mettere a fuoco un interesse di cui si è discusso: nelle conversazioni si esprimono i rapporti intersoggettivi. La loro tutela è prodromica a garantire uno dei più immediati collegamenti della persona col mondo esterno¹¹⁶. Se l'autorità conoscesse senza vincoli quanto i cittadini dicono, non vi potrebbe essere la libera coltivazione delle relazioni sociali. È il medesimo pericolo emerso nell'analisi dei dispositivi digitali.

Si può concludere che il diritto alla riservatezza dei dati personali, espressione dell'intangibilità della sfera individuale, trovi riferimento in Costituzione agli artt. 2, 14 e 15 Cost.¹¹⁷. Tuttavia, anche la sussunzione all'art. 15 non è sufficiente a esprimere tutti gli interessi coinvolti nei nuovi dispositivi tecnologici. La libertà di corrispondenza, al pari di quella domiciliare, è soprattutto una libertà negativa. Il nesso con gli altri diritti fondamentali è solo strumentale.

4.3.) *La libertà di autodeterminazione*

Nel 1983 la Corte costituzionale tedesca riconobbe il diritto all'autodeterminazione informativa riconducendolo all'art. 2 GG, che sancisce il diritto al libero sviluppo della propria personalità. Nella legge fondamentale italiana manca una norma dall'analogo tenore; tuttavia, ciò non ha impedito di attribuire rilevanza costituzionale all'interesse in questione. Storicamente il dibattito ha avuto ad oggetto il nucleo della libertà personale¹¹⁸. È pacifica la tutela dell'*habeas corpus*, l'uomo libero dalle catene del potere pubblico. Allo stesso tempo, però, già nella sua prima sentenza del 1956 la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità di alcune disposizioni del t.u.l.p.s., ritenne che talune misure di polizia si traducevano in una "degradazione giuridica" della persona, così da incidere sulla sua dignità¹¹⁹.

L'evoluzione interpretativa si è estesa ancor di più nel corso del tempo. Fin dagli anni '60 si sostiene che protetta non sia solo la libertà fisica, ma anche il libero sviluppo della persona umana¹²⁰. È questo oggi un dato pacifico, per cui si ritiene che l'art. 13 protegga dalle

¹¹⁶ P. Barile – E. Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, 1962, X, p. 744.

¹¹⁷ N. Zanon, *Relazione sulla sentenza 20/2019 della Corte costituzionale*, in *La giustizia costituzionale di fronte agli sviluppi tecnologici (genetica, persona e famiglia; privacy e controllo sociale)*, 2019, p. 65. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni del D.lgs. 33/2013, che imponevano ai titolari di incarichi dirigenziali nella P.A. la pubblicazione di un'ingente mole di dati sensibili.

¹¹⁸ Per un'analisi dettagliata dei diversi indirizzi interpretativi v. A. Pace, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 1974, XXIV, pp. 287 ss.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 11 del 1956.

¹²⁰ A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, 1967, pp. 98 ss.

aggressioni immateriali¹²¹. In sintesi, l'oggetto della libertà personale abbraccia la *libertà di autodeterminazione*.

Se si assume questa prospettiva, si può concludere che la madre di tutte le libertà negative sia diventata anche una libertà positiva¹²².

Si è giunti a quanto si stava cercando. La riservatezza dei dati e il loro controllo, in termini di veridicità, attualità e completezza, esprimono il diritto all'identità e alla libera autodeterminazione della persona. Emerge l'interesse a rappresentare chi *siamo* e chi *vogliamo* essere. Nello spazio digitale il cittadino proietta la vita di relazione, manifesta il pensiero, esercita attività economiche. In una sola espressione: sviluppa la propria personalità.

Dato il coinvolgimento di numerosi altri diritti fondamentali, da tempo è stato suggerito "che la disciplina della libertà personale non si esaurisce per intero nella sola disposizione dell'art. 13, essendo viceversa integrata da altre disposizioni del testo costituzionale, le quali tutte si riannodano, infatti, al medesimo principio della prima parte dell'art. 13, specificandone la portata in direzione e ad effetti determinati"¹²³. Di questa tesi è stato correttamente criticato l'insito pericolo di offuscare il bene protetto, così da condurre, seppur involontariamente, ad una riduzione piuttosto che ad una estensione delle garanzie¹²⁴. Infatti, in questi termini ogni diritto fondamentale sancito nella Parte I della Costituzione diverrebbe specificazione della libertà personale, così da farci interrogare su cosa ne resti di quest'ultima.

Pertanto, si deve concludere che, sebbene l'art. 13 Cost. racchiuda quei profili di libertà positiva intrinseci allo spazio digitale odierno, tuttavia non sia sufficiente a esprimere tutti gli interessi coinvolti. La ricerca deve continuare tra le altre norme della Costituzione.

4.4.) *Un nuovo diritto fondamentale*

Analizzando le dinamiche introdotte dallo sviluppo tecnologico è venuta in rilievo una pluralità di interessi. Il diritto alla riservatezza dei dati personali (riconducibile agli artt. 14 e 15), la dignità lesa dall'indebito accesso al sistema informatico (art. 3), l'identità personale e la libertà di autodeterminazione (art. 13). Ma non solo, perché se si pone l'accento sulle diverse declinazioni dello sviluppo della persona, emergono anche il diritto di riunione (art.

¹²¹ R. Bin – G. Pitruzzella, *op. cit.*, 2017, p. 549.

¹²² R. Bifulco, *op. cit.*, 2018, p. 359.

¹²³ V. Crisafulli, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955, II, pp. 117.

¹²⁴ A. Pace, *op. cit.*, 1974, p. 290. L'autore, nonostante sia in disaccordo con la posizione espressa da Crisafulli, ne condivide però lo spirito garantista, volto a dar protezione costituzionale a ciascun profilo della libertà.

17), di associazione (art. 18), di manifestazione del pensiero (art. 21), di istruzione (art. 34), la libertà di insegnamento (art. 33), il diritto al lavoro (art. 35) e alla libera iniziativa economica privata (art. 41). Tutto ciò che i cittadini fanno nello spazio fisico si è proiettato nello spazio digitale.

Assumono rilevanza il principio personalista, nella sua dimensione individuale e collettiva, il principio pluralistico e il principio solidaristico, tutti riconducibili all'art. 2 Cost.¹²⁵. Nello spazio digitale l'utente pretende riservatezza, esercita la vita di relazione e riconosce l'altrui aspettativa di intimità. Non si tratta di un interesse solo individuale, ma anche collettivo. Come affermato dalla Corte costituzionale tedesca nel caso già affrontato, la mancanza di un'adeguata protezione di siffatti interessi “*pregiudicherebbe non solo la possibilità di realizzazione dell'individuo, ma anche l'interesse generale, in quanto l'autodeterminazione è una condizione elementare della società libera e democratica fondata sulla capacità di azione e cooperazione dei suoi cittadini*”¹²⁶.

Si affermano il principio liberale, per cui la tutela dei diritti è un valore da assumere e non da giustificare¹²⁷, e il principio democratico, fondato sulla solidarietà quale “fondamento prepolitico della cittadinanza e allo stesso tempo *ratio* giustificatrice dei vincoli derivanti dall'adempimento dei doveri”¹²⁸. Nello spazio digitale, in cui sfera pubblica e privata si confondono, il cittadino esige la protezione dei propri interessi e al contempo è chiamato al rispetto degli altri consociati. Le dinamiche in esame non possono essere sussunte alle categorie tradizionali, come *privacy* o riservatezza, perché presentano connotati unici, sia sotto il profilo della loro tutela, sia per le modalità di lesione¹²⁹.

In conclusione, qual è il bene giuridico racchiuso nei dispositivi informatici? Quale definizione può esprimere gli interessi di cui si è discusso? Se, come accertato, tutta la Parte I della Costituzione è coinvolta, è da riconoscere il *diritto alla vita nello spazio digitale*.

A seconda delle singole circostanze diversi profili sono coinvolti; in taluni casi le libertà negative, quando l'utilità da garantire è la riservatezza, in altri le libertà positive, come il diritto di autodeterminazione, e in altri ancora le pretese nei confronti dei terzi, quale il diritto alla sicurezza dei dati. Il bilanciamento con altri interessi costituzionali necessariamente

¹²⁵ per un'attenta analisi v. R. Bifulco, *op. cit.*, 2018, pp. 357 ss. L'autore ritiene che l'art. 2 si riveli “una vera matrice per la parte prima della Costituzione”.

¹²⁶ Bundesverfassungsgericht, sentenza del 15 dicembre 1983. V. par. 3.4), cap. II.

¹²⁷ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014 (1° ed. 1990), p. 8.

¹²⁸ L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, 2014, p. 70.

¹²⁹ R. Flor – S. Marcolini, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, Giappichelli, 2022, pp. 147 ss. I due autori, analizzando i mezzi di ricerca della prova più intrusivi nella sfera personale, sostengono che debba essere riconosciuto un nuovo bene giuridico autonomo, che individuano nella *cybersecurity*.

dovrà prendere in considerazione le specificità del caso concreto; tuttavia, la questione cruciale da cogliere è la portata del nucleo del diritto fondamentale. Se la vita individuale e collettiva si è proiettata nello spazio digitale, non è ammessa alcuna restrizione che impedisca il libero sviluppo della persona.

Quanto accaduto durante la guerra in Ucraina, per cui membri dell'esercito hanno ispezionato con minaccia o violenza i dispositivi dei cittadini, o quel che avviene in Cina, dove lo Stato ricorre ad un sistema di credito sociale, non potranno mai verificarsi nei Paesi occidentali, perché costituiscono la realizzazione del *Big Brother* di 1984.

Si è giunti al termine della seconda tappa dell'iter logico-giuridico, individuando nel *diritto alla vita nello spazio digitale* il bene giuridico da proteggere. Nel prossimo capitolo si procederà ad analizzare il contesto processuale in cui è operato il bilanciamento con l'interesse alla repressione dei reati. Il *focus* è sulla tecnica che rappresenta lo stadio più avanzato del progresso digitale: la crittografia.

CAPITOLO III: LA SFIDA DELLA CRIPTOGRAFIA

1. Cyber-crime e Cyber-investigation

1.1.) *Cos'è la crittografia*

Breve dichiarazione di intenti: l'orizzonte teleologico di questo capitolo non è la trattazione analitica dei nuovi mezzi di ricerca della prova, che meriterebbero un vaglio profondo ed autonomo. Si vuole piuttosto esporre l'incidenza che il c.d. *trojan informatico* ed altri espedienti tecnologici hanno sugli interessi di cui si è discusso. L'analisi dei presupposti sostanziali e delle condizioni procedurali per il compimento degli atti investigativi permette di valutare se la protezione garantita del legislatore sia adeguata o deficitaria.

Il termine crittografia deriva dal greco: *kryptós* (segreto) + *graphía* (scrittura). Essa poggia sull'utilizzo di un algoritmo che permette di cifrare il testo, così da renderlo incomprensibile. Ad esempio, la parola "casa" diventa "31191", se si adotta quale algoritmo la coincidenza tra lettere dell'alfabeto e sistema numerico decimale. Non è l'oggetto a mutare, bensì la sua veste: "nel processo di cifratura, l'algoritmo trasforma il testo in chiaro in testo cifrato usando una determinata chiave; [...] Nel processo di decifratura, l'algoritmo trasforma il testo cifrato in chiaro, utilizzando la medesima chiave che è stata utilizzata per cifrare il testo in chiaro di partenza"¹³⁰.

Si può distinguere tra *encryption in storage* ed *encryption in transit*¹³¹. Nella prima ipotesi colui che vorrebbe accedere al testo in chiaro, sia esso un soggetto pubblico o privato, non è a conoscenza della chiave per introdursi nel sistema informatico. Si pensi alla password del computer; la sua segretezza non permette ad un terzo estraneo di leggere i documenti ivi contenuti. In senso metaforico, la crittografia impedisce l'ingresso nel *caveau* della banca. Nel secondo caso la cifratura ha ad oggetto il contenuto del traffico Internet. I servizi online di comunicazione, quali WhatsApp o Telegram, ricorrono a sistemi di crittografia *end-to-end* che permettono l'accesso al testo in chiaro esclusivamente al mittente e al destinatario del messaggio¹³². In questa circostanza è lo stesso dato ad essere trasmesso in forma

¹³⁰ B. Tampanella, *La crittografia tra arte e scienza*, in www.sicurezza nazionale.gov.it, 2015, p. 3. Si rinvia all'articolo per maggiori dettagli.

¹³¹ J. Oerlemans, *Investigating cybercrime*, in *Leiden University Repository*, 2017, pp. 249 ss.

¹³² v. S.A. Kim, *HTTPS: Staying Protected On The Internet*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2016, vol. 1, pp. 119 ss.

codificata da un dispositivo all'altro. La cifratura nega l'assalto al blindato che trasporta l'oro in un altro *caveau*.

Il crescente utilizzo di password, riconoscimento facciale e criptazione da parte di produttori di dispositivi e fornitori di servizi online dimostrano l'impellente esigenza di riservatezza nutrita dagli utenti. Essendovi in gioco interessi imperativi, la tecnologia si è evoluta per darvi protezione.

1.2.) *Le modalità di utilizzo per la commissione di reati*

Come sempre accade nel corso degli eventi, i frutti del progresso, pensati per scopi meritevoli, possono risultare utili alla commissione di fatti criminosi: la crittografia è tra questi. Il suo utilizzo permette agli autori di gravi reati di salvaguardare l'anonimato, che rappresenta uno degli ostacoli più significativi alla lotta contro i *cyber-crimes*¹³³.

In molte circostanze l'esigenza di segretezza ha ad oggetto l'indirizzo IP del server. Esso è la porta d'accesso per navigare su Internet e identifica il dispositivo utilizzato. È evidente il ruolo che assume per gli organi requirenti: il collegamento dell'indirizzo IP del sistema informatico ad una persona fisica permette di individuare l'autore del reato. Si spiega così il frequente utilizzo da parte dei cyber-criminali di espedienti tecnologici che criptano l'indirizzo, in modo tale da rendersi invisibili durante la navigazione.

Esistono numerosi strumenti che garantiscono l'anonimato, ma tre sono quelli più ricorrenti: 1) Proxy, 2) VPN e 3) Tor¹³⁴.

Il primo indirizza il traffico Internet generato dal computer presso un altro computer (il Proxy), che nasconde agli altri utenti l'indirizzo IP originario, rendendone visibile uno nuovo. La sua adozione si traduce in un ulteriore ostacolo a chi intende scoprire l'utente, perché è necessario risalire dall'IP del Proxy a quello del dispositivo utilizzato.

Più complesso è il funzionamento del VPN¹³⁵. In tal caso il traffico è ugualmente reindirizzato presso un server che funge da intermediario, ma in aggiunta vi è la criptazione; l'IP visibile agli utenti è sempre il medesimo, tuttavia con testo cifrato. Questo servizio garantisce maggiore anonimato rispetto al precedente, perché il tracciamento dell'indirizzo originario può avvenire solo se si accede alla chiave che ha codificato la versione in chiaro.

¹³³ J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge University Press, 2015 (2^a ed.), pp. 6 e 7.

¹³⁴ È bene precisare che l'utilizzo di questi servizi non è intrinsecamente illecito, perché a monte vi è sempre l'esigenza di riservatezza. Ad esempio, per i dissidenti di regimi autoritari la criptazione dell'indirizzo IP rappresenta un elemento cruciale a salvaguardia anche della propria vita.

¹³⁵ L'acronimo sta per Virtual Private Network, "rete virtuale privata".

Chi compie le indagini si trova così innanzi ad un ulteriore anello della catena per risalire al reo. Un istituto a cui tipicamente ricorrono gli uffici di Procura è l'ordine di produzione dei dati al gestore del servizio, che però non sempre è conosciuto¹³⁶.

Il Tor¹³⁷ rappresenta l'ostacolo più alto per gli organi requirenti. Esso svolge due funzioni: cripta il traffico Internet e lo reindirizza per un numero indefinito di server intermedi. L'IP è codificato una prima volta, poi il testo cifrato è a sua volta codificato e così via. In altri termini, il traffico del network passa per più nodi che criptano nuovamente quanto già cifrato. Risalire all'indirizzo del dispositivo diventa di fatto impossibile, perché la conoscenza di una chiave permette di risalire all'anello precedente, ma aggirare l'intera catena richiede un processo di decriptazione *ad infinitum*. In più, essendo difficile da individuare l'esatta posizione del server, non è nemmeno possibile ricorrere all'ordine di produzione dei dati agli *Internet Service Providers*¹³⁸.

L'utilizzo del Tor permette l'accesso al c.d. *deep web*¹³⁹. Al suo interno gli utenti navigano senza lasciare alcuna traccia del proprio indirizzo IP, in una rete "sommersa" perché accessibile solo attraverso un elevato livello di crittografia. Come sinonimo è talvolta adottato il termine *dark web*, però impropriamente. Infatti, si tratta di una frazione del *deep web*, però utilizzata allo specifico fine di commettere reati¹⁴⁰. Il riscatto attraverso il pagamento in *Bitcoin*, di cui si sente sempre più parlare, avviene attraverso questo canale.

Il *dark web* è giunto all'attenzione dell'opinione pubblica nel 2011 con il caso *Silk Road*. Ross Ulbricht, che mascherava il proprio nome sotto il nickname "Dread Pirate Roberts", gestiva un mercato accessibile mediante Tor in cui vendeva beni e servizi illegali, quali sostanze stupefacenti. L'FBI, in cooperazione con gli organi requirenti di altri Paesi, fece ricorso a moltissimi metodi investigativi: ordine di produzione di dati agli *Internet Service Providers*, attività sotto copertura e accesso al server mediante tecniche di hackeraggio¹⁴¹. Solo nell'ottobre del 2013, dopo mesi di intensa attività di indagine, il Governo americano

¹³⁶ J. Oerlemans, *op. cit.*, 2017, p. 245.

¹³⁷ L'acronimo sta per The Onion Routing, "il percorso a cipolla". Ogni nodo per il quale è reindirizzato il traffico Internet rappresenta uno strato della cipolla, a cui ne sussegue un altro ed un altro ancora.

¹³⁸ J. Oerlemans, *op. cit.*, 2017, p. 247.

¹³⁹ Per *deep web* si deve intendere ogni spazio della rete a cui è possibile accedere esclusivamente mediante l'inserimento della password, cioè della chiave per decifrare il testo. Anche la rete aziendale in stretti termini lo è, perché colui che vi naviga non lascia tracce dell'indirizzo IP. Nel *deep web* sono presenti anche le grandi reti governative e militari, come ad esempio CRONOS (Crisis Respons Operations In NATO Operating System).

¹⁴⁰ V. Lagi, *Deep web, Dark web e Indagini informatiche*, A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, UTET, 2019, p. 1707.

¹⁴¹ J. Oerlemans, *op. cit.*, 2017, p. 248.

riuscì a risalire all'identità del reo e ad arrestarlo a San Francisco. Nel 2015 Ross Ulbricht è stato condannato all'ergastolo.

Altro caso che ha posto in rilievo la crucialità delle indagini informatiche è *Warhead*. Benjamin Faulkner, nello pseudonimo di "CuriousVendetta", gestiva una piattaforma su cui regolarmente quarantacinquemila utenti condividevano contenuti pedopornografici, in cui erano ritratti minori abusati. L'FBI, nonostante avesse localizzato il server, non riusciva a risalire all'identità dell'amministratore. Decise allora di spostare il server dall'Europa in Australia, così da coinvolgere nelle indagini la Taskforce Argos della polizia del Queensland. Quest'ultima, potendo ricorrere all'*authorized criminality*¹⁴² secondo la legge australiana, per mesi commise reati sotto copertura al fine di risalire all'identità di CuriousVendetta.

Benjamin Faulkner è stato condannato nel 2016 alla pena dell'ergastolo, ma non senza polemiche. Si sono poste numerose questioni di diritto: 1) se l'FBI fosse legittimata a spostare il server, 2) a quale titolo sia stata coinvolta la giurisdizione australiana e 3) se le prove acquisite, in modo illegittimo secondo la legge americana, fossero utilizzabili in dibattimento¹⁴³.

Il quadro delineato e i due casi descritti dimostrano il ruolo cruciale assunto dalla crittografia nel processo penale. Il suo utilizzo risulta prodromico a celare la commissione di gravissimi reati, che incidono sulla vita, la salute o la dignità dei minori. Al contempo, l'accesso al testo in chiaro pone rilevanti quesiti sulla liceità degli atti investigativi compiuti, che comportano la notevole compressione dei diritti fondamentali e un difficile bilanciamento con il diritto di difesa.

1.3.) *La decriptazione e le sue potenzialità*

Il tema che si pone è come superare le barriere della crittografia. Impedire *tout court* agli organi requirenti l'utilizzo delle forme tecnologiche più all'avanguardia, per quanto intrusive nella sfera individuale del cittadino, significherebbe compromettere la tutela di essenziali beni giuridici. La strada da percorrere è il corretto bilanciamento.

¹⁴² Traducibile alla lettera in "criminalità autorizzata". I membri delle forze dell'ordine possono commettere fatti illeciti, al fine di compiere indagini per specifici reati. L'istituto, assente nel nostro ordinamento, sarebbe da qualificare come causa di giustificazione.

¹⁴³ P. Bleakley, *Watching the watchers: Taskforce Argos and the evidentiary issues involved with infiltrating Dark Web child exploitation network*, in *Police Journal: Theory, Practice and Principles*, 2019, p. 226. Il dibattito negli Stati Uniti è stato notevolmente acceso relativamente all'applicazione della dottrina "*the fruit of the poisonous tree*", per cui le prove acquisite in violazione delle regole procedurali non sono utilizzabili in giudizio.

Prima di trattare l'ordinamento positivo che regola la materia, è utile analizzare i mezzi di decriptazione in astratto accessibili. Un interessante ed esaustiva descrizione è stata formulata da Orin S. Kerr e Bruce Schneier¹⁴⁴. I due autori distinguono gli *encryption workarounds* in due categorie: nella prima rientrano le strategie investigative che permettono l'individuazione della chiave; nella seconda quelle che garantiscono l'accesso al testo in chiaro aggirando la crittografia. Sono descritti sei metodi: a) *find the key*¹⁴⁵, b) *guess the key*¹⁴⁶, c) *compel the key*¹⁴⁷, d) *exploit a flow*¹⁴⁸, e) *access plaintext when in use*¹⁴⁹ e f) *locate a plaintext copy*¹⁵⁰.

- a) *Find the key*: l'espedito consiste nel risalire alla password. Precondizione è che essa sia scritta da qualche parte, nel file di un computer o su un taccuino. Coloro che compiono le indagini ne devono avere conoscenza e devono essere in grado di accedervi.

Sotto il profilo giuridico il requisito essenziale è l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria¹⁵¹. Ad esempio, qualora vi fosse il fondato motivo di ritenere che la chiave si trovi presso il domicilio dell'indagato, sarebbe all'uopo necessario il decreto di perquisizione motivato del Pubblico Ministero.

- b) *Guess the key*: indovinare la password potrebbe apparire come il frutto del caso, ma così non è. Esistono computer in grado di provare milioni di chiavi al secondo e non di rado vengono adottati per compiere atti di indagine¹⁵². Le tecniche utilizzate prendono il nome di *password cracking*.

Tuttavia, l'efficacia di questo *encryption workaround* è legata al numero di tentativi che il sistema informatico ammette. Ad esempio, i sistemi Apple ricorrono ad una

¹⁴⁴ O.S. Kerr – B. Schneier, *Encryption Workarounds*, Georgetown Law Journal, 2018, vol. 106, pp. 998 ss.

¹⁴⁵ “trovare la chiave”.

¹⁴⁶ “indovinare la chiave”.

¹⁴⁷ “costringere (un terzo a fornire) la chiave”.

¹⁴⁸ “sfruttare una vulnerabilità”.

¹⁴⁹ “accedere al testo in chiaro mentre (il dispositivo è) in uso”.

¹⁵⁰ “localizzare una copia del testo in chiaro”.

¹⁵¹ O.S. Kerr – B. Schneier, *op. cit.*, 2018, p. 999.

¹⁵² per una spiegazione tecnica v. G. Sbaraglia, *Attacco alle password: tecniche di cracking e consigli per metterle al sicuro*, in <https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/attacco-alle-password-tecniche-di-cracking-e-consigli-per-metterle-al-sicuro/>, 10 dicembre 2019.

funzione di *auto-erase*, che blocca il dispositivo dopo dieci prove errate di accesso¹⁵³. In questi casi gli organi requirenti non possono fare altro che riporre affidamento sulla cooperazione delle parti terze.

- c) *Compel the key*: quando il Pubblico Ministero non può superare la crittografia autonomamente, è necessario ottenere la chiave da chi ne è a conoscenza: la persona sottoposta ad indagini o il produttore del dispositivo.

Quid iuris se il terzo rifiuta di collaborare? Il quesito ruota attorno a “how much pressure the government can exert to encourage the disclosure”¹⁵⁴. Da un lato, si pongono questioni di compatibilità con *the privilege against self-incrimination* dell’indagato; dall’altro lato, la società terza potrebbe avere interesse a preservare la riservatezza del proprio cliente¹⁵⁵.

- d) *Exploit a flaw in the encryption scheme*: ogni dispositivo informatico, quand’anche protetto dai più elevati tassi di crittografia, presenta delle falle, che in gergo sono chiamate *bug*. Non di rado i governi le sfruttano in operazioni di *intelligence*, per violare l’integrità dei sistemi di nazioni straniere.

Rotture nel sistema possono anche essere deliberatamente introdotte; in questo caso prendono il nome di *backdoors*. Negli Stati Uniti e in altri Paesi è stata avanzata la proposta che i venditori di dispositivi inseriscano deliberatamente dei *bug* già alla vendita, così da permettere l’accesso per finalità di indagine. Contro quest’ipotesi si sono sollevate numerose proteste, dato il notevole impatto sui diritti fondamentali¹⁵⁶.

- e) *Access plaintext when the device is in use*: questa tecnica investigativa consiste nell’accedere ai dati quando il dispositivo è in uso. Mentre i terzi possono visualizzare solo il testo cifrato, gli utenti sono in possesso della versione in chiaro: è a quest’ultima che gli organi requirenti mirano.

¹⁵³ v. J. Date, *The FBI and the iPhone: How Apple's Security Features Have Locked Investigators Out*, in <https://abcnews.go.com/US/fbi-iphone-apples-security-features-locked-investigators/story?id=36995221>, 17 febbraio 2016.

¹⁵⁴ O.S. Kerr – B. Schneier, *op. cit.*, 2018, p. 1005.

¹⁵⁵ Il tema è ripreso e approfondito in par. 3), cap. III.

¹⁵⁶ v. A. Peterson, *The debate over government 'backdoors' into encryption isn't just happening in the U.S.*, in <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2016/01/11/the-debate-over-government-backdoors-into-encryption-isnt-just-happening-in-the-u-s/>, 11 gennaio 2016.

Prima ipotesi è che il dispositivo sia in possesso della polizia giudiziaria. In tal caso la fattispecie è quella della perquisizione informatica disciplinata all'art. 247, co. 1-*bis*, c.p.p. Questioni di diritto che si pongono sono tre: 1) quali poteri coercitivi possono essere esercitati nei confronti del titolare che non voglia rivelare la password; 2) a che condizioni le parti terze sono obbligate a collaborare¹⁵⁷; 3) a quali strumenti il Pubblico Ministero può ricorrere per superare la barriera criptografica.

Seconda ipotesi è l'ingresso nel sistema informatico da remoto. In questa circostanza l'accesso è effettuato mediante tecniche di *hackeraggio*, in modo analogo a quanto visto per l'ipotesi d); tuttavia, la vulnerabilità non risiede nella criptografia, ma è inserita deliberatamente dall'esterno, ad esempio attraverso l'inoculazione di un *malware*. Nell'ordinamento italiano l'istituto a cui fare riferimento è il captatore informatico.

Il compimento di simili atti investigativi pone problemi giuridici sconosciuti in passato¹⁵⁸.

- f) *Locate a plaintext copy*: quest'ultimo *workaround* non è propriamente una forma di decriptazione, né una modalità di accesso alla versione in chiaro: gli organi requirenti intendono trovare una copia del *file* cifrato. Talune volte è lo stesso utente ad averla generata, in altre è il computer ad aver effettuato il salvataggio automatico nel *cloud*. Posto che vi siano degli ostacoli di carattere pratico (l'esistenza e la rintracciabilità della copia), prima condizione è il ricorrere dei presupposti sostanziali e procedurali per l'adozione del mezzo di ricerca della prova. Potrebbe essere necessaria una perquisizione informatica o un ordine di produzione dei dati.

Il requisito cruciale è meno intuitivo: la copia deve essere sufficientemente simile all'originale¹⁵⁹. Il giudizio di parificazione è però alquanto complesso, perché solo l'utente conosce il contenuto del documento in chiaro. L'onere probatorio più gravoso per la pubblica accusa è dimostrare la quasi o piena identità tra i *file*.

¹⁵⁷ Le questioni a) e b) attengono a quanto già visto per *compel the key*.

¹⁵⁸ O.S. Kerr – B. Schneier, *op. cit.*, 2018, p. 1017. Il tema sarà affrontato nel par. 2.2.), cap. III.

¹⁵⁹ O.S. Kerr – B. Schneier, *op. cit.*, 2018, p. 1018.

Il quadro descritto evidenzia le complessità che superare la crittografia comporta. I mezzi a disposizione degli uffici di Procura non garantiscono certezza del risultato, presentano intrinseci limiti tecnologici e sollevano numerosi quesiti sulla liceità degli atti compiuti.

Per esigenze di sinteticità non si può procedere ad un'analisi sistematica delle indagini informatiche, la cui disciplina normativa e di origine giurisprudenziale ha assunto dimensioni notevoli¹⁶⁰.

Il *focus* è su due *encryption workarounds: access plaintext when the device is in use e compel the key*. Il c.d. *trojan di Stato* è il mezzo più intrusivo nella sfera individuale del cittadino e pone annose questioni di bilanciamento con i diritti fondamentali. L'ordine di produzione dei dati invece costituisce un istituto cruciale per la repressione dei reati, essendo spesso imprescindibile la collaborazione dei terzi.

2. Il captatore informatico

2.1.) *Le potenzialità*

Il captatore informatico è un *malware* che viene inoculato nel dispositivo della persona sottoposta alle indagini. Gli organi requirenti, celando la propria identità, inviano un sms, una e-mail o una richiesta di aggiornamento del *software* all'utente, che, inconsapevole delle conseguenze, apre il contenuto del *file* e permette l'ingresso del *virus* nel sistema.

Il funzionamento dell'atto spiega l'altro nome che tipicamente è attribuito al mezzo investigativo: *trojan horse* (cavallo di Troia). Il Pubblico Ministero si nasconde nel messaggio, che viene fatto entrare dentro le mura del dispositivo; dopodiché, quando l'indagato nulla sospetta, inizia l'attività di raccolta delle informazioni. Le mura che metaforicamente vengono aggirate sono quelle della crittografia.

Il mezzo di ricerca della prova in esame presenta due caratteri fondamentali: la segretezza e l'inganno. Da un lato, l'attività di sorveglianza avviene all'insaputa del destinatario e ciò pone problemi di garanzie rispetto alla perquisizione tradizionale; dall'altro, l'ingresso del *malware* nel sistema informatico è permesso dalla cooperazione artificiosa dell'indagato.

¹⁶⁰ Per un quadro di insieme, anche sotto il profilo del diritto penale sostanziale, v. A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, UTET, 2019.

Ragionando in termini di interferenze private, il processo è analogo all'attività di *phishing*: come il cyber-criminale induce in errore la vittima (per poi chiedere un riscatto inquadrabile nel reato di estorsione), il Pubblico Ministero si introduce nel dispositivo attraverso artifici e raggiri. Si tratta di un atto particolarmente delicato, perché rompe il patto di fiducia tra cittadino e Istituzioni sul rispetto della vita privata¹⁶¹.

Le potenzialità del captatore sono straordinarie e solo in parte riconducibili all'interno delle categorie tradizionali¹⁶²:

- Raccolta del traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo;
- Acquisizione delle conversazioni avvenute sui servizi di messaggistica (WhatsApp, Telegram, ecc.);
- Accesso all'*hard disk* e copia di quanto ivi contenuto;
- Decifrazione di quanto digitato sul dispositivo (c.d. *keylogger*);
- Geolocalizzazione e pedinamento elettronico;
- Visualizzazione dello schermo (c.d. *screenshot*);
- Attivazione della telecamera;
- Attivazione del microfono.

Il sistema informatico è soggiogato dalla costante sorveglianza del captatore, in grado di ricostruire con accuratezza la vita dell'utente. Suoni, immagini e pensieri dell'individuo sono posti a nudo, in un modo che forse nemmeno George Orwell poteva immaginare. L'intrusione è talmente profonda che si è parlato di "controllo psichico"¹⁶³.

"Più che di violazione sarebbe più corretto parlare di attentato al fondamentale diritto alla riservatezza"¹⁶⁴. Non solo, il *trojan* incide significativamente anche sulla libertà di autodeterminazione, perché il timore del tracciamento ostacola lo svolgimento della personalità. Insomma, le potenzialità del captatore informatico sono assolute, così come i pericoli per il diritto alla vita nello spazio digitale.

¹⁶¹ v. par. 3.1.), cap. II.

¹⁶² M. Torre, *Le intercettazioni a mezzo del c.d. captatore informatico o "trojan di stato"*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, Utet, 2019, p. 1660.

¹⁶³ P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, p. 482.

¹⁶⁴ L. Palmieri, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. con.*, 2018, v. 1, p. 60.

2.2.) *L'evoluzione giurisprudenziale*

Come avviene sempre più frequentemente a causa dell'immobilismo del Legislatore, la liceità dell'utilizzo del *trojan horse* è stata affrontata in via preliminare dalla giurisprudenza. Primo quesito che si è posto è l'inquadramento giuridico. Diverse tesi sono state formulate: perquisizione informatica (art. 247, co 1-*bis*, c.p.p.), intercettazione telematica (art. 266-*bis* c.p.p.), video registrazione, intercettazione ambientale (art. 266, co. 2, c.p.p.). La difficoltà qualificatoria risiede nel carattere polifunzionale del captatore, che perquisisce, intercetta, videoregistra, pedina: in sintesi, sorveglianza.

Prima importante pronuncia vi è stata con il caso *Virruso*¹⁶⁵. La Corte di Cassazione ha ritenuto che il prelievo e la copia di quanto contenuto nell'*hard disk* mediante *trojan*, non potendo essere ricondotti alla disciplina delle intercettazioni, poiché manca la comunicazione tra più soggetti, debbano essere definiti come mezzi di ricerca della prova atipici *ex art.* 189 c.p.p.¹⁶⁶.

Rigettando il ricorso, ha anche statuito l'infondatezza del contrasto con gli artt. 14 e 15 Cost. Non vi sarebbe stata violazione della segretezza delle comunicazioni e nemmeno del domicilio, perché nel caso di specie il computer si trovava in luogo aperto al pubblico. Se risulta condivisibile la prima tesi, la seconda appare particolarmente frettolosa, perché la Corte non ha in alcun modo valutato se fosse il dispositivo in sé a proteggere dei diritti fondamentali¹⁶⁷.

Il carattere atipico del captatore informatico è stato confermato nel caso *Musumeci*, relativamente alle videoriprese¹⁶⁸. Tuttavia, per l'attivazione del microfono si è disposto invece che sia da ricondurre all'istituto delle intercettazioni ambientali *ex art.* 266, co. 2, c.p.p.; infatti, la captazione ha ad oggetto una conversazione tra presenti.

In questa circostanza l'utilizzo del *trojan* deve essere autorizzato con l'indicazione dei luoghi ove si svolgerà l'indagine: *“trattasi di metodica che, consentendo l'apprensione delle conversazioni senza limitazione di luogo, contrasta, ancora prima che con la normativa codicistica, con il precetto costituzionale di cui all'art. 15 Cost., giacché l'unica opzione interpretativa compatibile con il richiamato dettato costituzionale è quella secondo cui*

¹⁶⁵ Cass. pen., sez. V, 14 ottobre 2009, *Virruso*, n. 16556.

¹⁶⁶ In dottrina tale tesi è stata sostenuta da P. Gualtieri, *Prova informatica e diritto di difesa*, in *Dir. proc. pen.*, 2008, dossier prova scientifica, p. 70.

¹⁶⁷ F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. con.*, 2014, v. 3-4, p. 339.

¹⁶⁸ Cass. pen., sez. VI, 28 giugno 2015, *Musumeci*, n. 27100.

l'intercettazione ambientale deve avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati ab origine e non in qualunque luogo si trovi il soggetto”.

La pronuncia si è mossa verso un orizzonte garantista, perché è stato imposto il procedimento delle intercettazioni ed è stata richiesta l'indicazione dei luoghi nel provvedimento autorizzativo; permane però la tesi implicita secondo cui violazione dell'art. 14 Cost. si avrebbe solo se è il sistema informatico a trovarsi nel domicilio fisico.

Cruciale sentenza vi è stata nel 2016 con le Sezioni Unite *Scurato*¹⁶⁹. Il giudizio ha ad oggetto la legittimità del provvedimento del Gip che ha autorizzato l'attivazione del microfono – in un'indagine di criminalità organizzata – in tutti i luoghi in cui si trovasse il dispositivo. La difesa, sulla base della sentenza *Musumeci*, ha sostenuto la violazione dell'art. 266, co. 2, c.p.p. e la conseguente inutilizzabilità dell'evidenza raccolta.

La Corte muove il suo ragionamento dal carattere itinerante del *trojan informatico*. Poiché il dispositivo digitale si muove con l'utente, l'utilizzo del captatore è intrinsecamente inconciliabile con la determinazione *ex ante* dei luoghi. La condizione imposta dall'art. 266, co. 2, c.p.p., per cui l'intercettazione nel domicilio “è consentita solo se vi è il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa”, non può essere rispettata dal Gip, dato il costante tracciamento del mezzo investigativo in esame¹⁷⁰.

Dopo l'*incipit* della pronuncia, da cui ci si attenderebbe l'esclusione *tout court* del captatore, vi è un colpo di scena, dettato anche da ragioni di politica criminale, perché impedire l'adozione delle nuove forme tecnologiche comprometterebbe l'efficacia degli atti investigativi¹⁷¹.

La Corte introduce la distinzione tra reati di criminalità organizzata e reati “comuni”. Soltanto per i primi si ha applicazione analogica dell'art. 13 del d.l. 152/1991, che, derogando alla disciplina codicistica, consente l'intercettazione nel domicilio anche se non vi è motivo

¹⁶⁹ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, *Scurato*, n. 26889.

¹⁷⁰ La conclusione della Corte è in realtà inesatta sotto il profilo tecnico. “[...] dal momento che lo stato dell'arte, ormai da molti anni, consente agevolmente di attivare da remoto il microfono di un dispositivo portatile preventivamente infettato da un *trojan*, sarebbe possibile chiedere al giudice di autorizzare l'intercettazione di comunicazioni tra presenti in un luogo preventivamente indicato dal pubblico ministero nel quale, sia pure rientrando in uno di quelli *ex art.* 614 c.p., si stia svolgendo attività criminosa”, così F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016, v. 11, p. 4140. Tuttavia, la Cassazione ha avuto modo di precisare che, quand'anche fosse possibile spegnere il microfono all'ingresso del dispositivo in certi luoghi, comunque l'autorizzazione del giudice sarebbe “al buio”, senza la possibilità di poter controllare preventivamente che ivi si stia commettendo un reato.

¹⁷¹ L. Giordano, *Dopo le sezioni unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. con.*, 2017, v. 3, p. 180.

di ritenere che lì si stiano commettendo reati. In sintesi, il carattere itinerante del *trojan* non è ostativo alle intercettazioni per i reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.¹⁷².

La parte più interessante della sentenza è relativa alla seconda categoria di fattispecie criminose. *A contrario*, si ricava che “nel nostro ordinamento giuridico, di regola e salvo eccezioni (procedimenti per delitti di criminalità organizzata), il *virus* di Stato non può essere inoculato per realizzare cimici itineranti in grado di intercettare tutti gli ambienti nei quali si trova il soggetto monitorato”¹⁷³.

A conclusione delle tre sentenze analizzate, possono essere individuati alcuni punti fermi maturati in giurisprudenza: 1) il captatore, di regola, è un mezzo di ricerca della prova atipico, 2) l'attivazione del microfono dà luogo ad un'intercettazione ambientale e 3) la captazione delle comunicazioni è ammessa solo per i reati di criminalità organizzata.

Emerge un'enorme e clamorosa lacuna nell'interpretazione della Cassazione: non si interroga mai sulla rilevanza costituzionale del domicilio informatico. Non si parla di riservatezza, né di *privacy*, né di autodeterminazione nello spazio digitale. Perfino l'esclusione del captatore per i reati comuni avviene non sulla base del bilanciamento tra interessi costituzionali, come sarebbe corretto, ma secondo una questione processuale relativa all'indicazione dei luoghi nel provvedimento autorizzativo.

L'errore risiede nell'applicare ad un *malware*, impensabile quando fu scritta la Costituzione, le categorie tradizionali del domicilio fisico e delle comunicazioni. Coinvolgere l'art. 14 Cost. solo quando il captatore è attivato nei luoghi “reali” significa non aver affatto compreso la nuova dimensione in cui ci ha proiettato il progresso tecnologico.

Anche la disciplina introdotta nel 2017 non ha colto il mutato paradigma culturale, perché, come già avvenuto in passato, il Legislatore continua a seguire pedissequamente posizioni giurisprudenziali poco attente alla tutela dei diritti fondamentali. “Il Consiglio superiore della magistratura è fieramente contrario e bolla come «semplicistica» l'idea d'un legame fra numero delle intercettazioni e offese alla *privacy*; e ognuno comprende come non sia politicamente saggio intervenire su questi terreni contrapponendosi alla magistratura”¹⁷⁴.

¹⁷² È stato correttamente sottolineato che nemmeno siffatta opzione ermeneutica è in grado di fermare gli abusi, perché l'utilizzo del mezzo investigativo durante le indagini, quando l'imputazione è ancora sfumata, permette al Pubblico Ministero di iscrivere nel registro il reato associativo e ricorrere ai più ampi poteri processuali. In questi termini, A. Camon, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 94.

¹⁷³ M. Torre, *Il captatore informatico*, Giuffrè, 2017, p. 43.

¹⁷⁴ A. Camon, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, v. 2, p. 640. L'autore rinvia alla delibera n. 285/2016 del CSM: “Non è infatti la raccolta del dato – si dice – a rappresentare un vulnus al diritto alla riservatezza dei dati personali, ma l'eventuale profilo patologico della violazione delle corrette regole di gestione, nella sua duplice direzione della divulgazione non autorizzata, o comunque non giustificata da esigenze investigative o processuali, e della

2.3.) *L'intercettazione tra presenti: regime di ammissibilità*

Con il d.lgs. n. 216 del 2017 il Legislatore è finalmente intervenuto per regolare la materia; tuttavia, in misura parziale. Si è occupato esclusivamente dell'attivazione del microfono ai fini delle intercettazioni, lasciando – qui è il *punctum dolens* – alla giurisprudenza (e ai suoi margini di discrezionalità) l'arduo compito di individuare le regole applicabili agli altri usi del captatore informatico¹⁷⁵. La *ratio* della disciplina è cercare il corretto bilanciamento tra un mezzo di ricerca della prova particolarmente efficace per le indagini e la tutela degli interessi costituzionali coinvolti nei dispositivi digitali¹⁷⁶.

L'idea di fondo è stata ricondurre le intercettazioni mediante captatore, un'assoluta novità sotto il profilo tecnologico, alle tradizionali intercettazioni ambientali¹⁷⁷. Chi legge intuirà immediatamente le difficoltà interpretative e applicative che possono sorgere.

Sono stati introdotti tre regimi di ammissibilità¹⁷⁸, che legano i margini di utilizzo del *trojan horse* alla gravità delle fattispecie criminosa per cui si procede: 1) delitti *ex art.* 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., 2) delitti contro la P.A. e 3) delitti ordinari di cui all'art. 266 c.p.p. Il principio adottato è quello di proporzionalità, per cui il “livello di intensità delle garanzie legali” deve essere coerente con il “grado di intrusività della specifica misura”¹⁷⁹.

Iniziando dall'analisi degli illeciti di più alta offensività, la prima categoria include i reati di criminalità organizzata. Il co. 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p. prevede che in queste ipotesi l'inoculazione del *malware* nel dispositivo “è sempre consentita”. La disposizione aderisce alla giurisprudenza delle Sezioni Unite *Scurato*, che, rinviando all'art. 13 del d.l. 152/1991, avevano consentito l'adozione del mezzo investigativo senza la previa indicazione dei luoghi.

distruzione, perdita o modifica del dato”. Insomma, per la magistratura l'accesso indiscriminato ai dati dei cittadini non comporta alcun problema. Siamo tutti a disposizione dello Stato etico...

¹⁷⁵ G. Spangher, *Critiche. Certezze. Perplessità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giur. pen. web*, 2018, vol. 1.

¹⁷⁶ R. Brighi, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni: tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, (a cura di) F. Alonzi – R. Orlandi – G. Giostra, Giappichelli, 2018, p. 231.

¹⁷⁷ M. Daniele, *L'illusione di domare il captatore informatico*, in *La legislazione penale*, 2020, p. 50. L'autore ritiene che sarebbe stato più opportuno seguire la strada battuta dalla Sezioni Unite *Scurato*, attente nel sottolineare la difficile compatibilità tra carattere itinerante del captatore e indicazione dei luoghi nel provvedimento autorizzativo. “Purtroppo – afferma Daniele – non è stata questa la scelta del legislatore, il quale ha, invece, ritenuto di poter delimitare a priori lo spazio applicativo del captatore, senza timore di permetterne l'impiego in rapporto a tutti i reati per cui sono consentite le intercettazioni tradizionali”.

¹⁷⁸ Secondo M. Daniele, *op. cit.*, 2020, p. 50, nonostante sia da condividere l'idea di graduare l'utilizzo del mezzo investigativo, la disciplina appare difficile da leggere e non idonea a garantire un corretto bilanciamento con il diritto alla riservatezza.

¹⁷⁹ P. Bronzo, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni: tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, (a cura di) F. Alonzi – R. Orlandi – G. Giostra, Giappichelli, 2018, p. 236.

Se, da un lato, appare condivisibile l'intento di politica criminale per fattispecie così gravi, dall'altro emerge il pericolo di un abuso sistematico del *trojan*, che da mezzo di ricerca della prova potrebbe diventare mezzo di ricerca del reato¹⁸⁰.

Un secondo regime di ammissibilità è previsto per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione con pena non inferiore nel massimo a cinque anni di reclusione¹⁸¹. In un primo momento la legge Spazzacorrotti aveva effettuato una piena equiparazione tra i reati contro la P.A. a quelli di criminalità organizzata, attirando le critiche di buona parte della dottrina¹⁸². Cercando di correre ai ripari, il Legislatore è nuovamente intervenuto con il d.l. 161/2019. A seguito della novella, l'attivazione del microfono per i delitti in esame è sempre consentita “*previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale*”.

La clausola è stata definita come “un mero artificio retorico”¹⁸³, perché inidonea a garantire un effettivo vaglio di controllo sulle richieste del Pubblico Ministero. Poiché è noto il fenomeno dell'appiattimento del Gip sulle istanze delle Procure, è stato prospettato che nella prassi il requisito si traduca nella mera plausibilità dell'utilizzo del dispositivo anche all'interno del domicilio¹⁸⁴; se fosse realmente così, ci troveremmo di fronte ad una *interpretatio abrogans*, essendo di tutta evidenza che la condizione ricorrerebbe sempre.

Insomma, nonostante l'ultima modifica normativa, sembra che i presupposti di ammissibilità del captatore per i reati contro la P.A. siano di fatto gli stessi previsti per i delitti di criminalità organizzata. Gli organi requirenti potranno esercitare i medesimi poteri per un procedimento su una tangente dalla modica somma e per un maxi-processo di Ndrangheta. “Dalla spazzacorrotti alla spazzadiritti”¹⁸⁵, il confine è labile.

¹⁸⁰ M. Daniele, *op. cit.*, 2020, p. 54, il quale sostiene la possibilità di censure sul punto da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁸¹ Sulla fattispecie in esame il Legislatore è tornato più volte in pochi anni. La l. 3/2019 (c.d. legge Spazzacorrotti) ha esteso il regime speciale del co. 2-*bis* ai delitti dei pubblici ufficiali, cosicché l'utilizzo del captatore fosse sempre consentito. Subito dopo interviene il d.l. 161/2019. Da un lato, è stato esteso il campo applicativo della fattispecie, con l'integrazione ai reati commessi dagli incaricati di pubblico servizio; dall'altro, la portata della norma è stata ridotta, perché nuovo requisito è l'indicazione delle ragioni che giustificano l'utilizzo del captatore anche all'interno del domicilio.

¹⁸² v. per tutti G.M. Flick, *Le novelle sulla corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. pen.*, 2020, vol. 10, pp. 3430 ss.

¹⁸³ L. Agostino – M. Peraldo, *Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali*, in M. Gialuz (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, 2020, vol. 3, p. 81.

¹⁸⁴ Gius. Amato, *Trojan applicabile ai reati degli incaricati di pubblico servizio*, in *Guida al diritto*, 2020, vol. 6, p. 68.

¹⁸⁵ G.M. Flick, *op. cit.*, 2020, p. 3432.

Il terzo ed ultimo binario è rappresentato dai reati previsti all'art. 266, co. 1, c.p.p., dedicato all'intercettazione telefonica tradizionale. L'attivazione del microfono presso il domicilio può avvenire a condizione che vi sia “*il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa*”. L'art. 267 c.p.p. aggiunge che il provvedimento autorizzativo debba indicare i luoghi e il tempo. Dunque, secondo il combinato disposto delle due norme, l'utilizzo del *trojan* ai fini intercettativi è ammissibile purché siano preventivamente individuati i luoghi di indagine.

Sui reati ordinari il discostamento del Legislatore dalle Sezioni Unite *Scurato* è stato assoluto. Mentre la Cassazione aveva statuito l'esclusione *tout court* del captatore, il Parlamento ne ha invece riconosciuto l'ammissibilità in ogni procedimento che abbia ad oggetto una delle fattispecie criminose di cui all'art. 266 c.p.p.¹⁸⁶ La diversità di soluzioni deriva dal contrasto interpretativo sul carattere itinerante del *trojan*: il giudizio di incompatibilità tra costante tracciamento e individuazione dei luoghi non è stato accolto dalla nuova disciplina¹⁸⁷.

Le valutazioni circa la correttezza del bilanciamento con i diritti fondamentali saranno formulate più avanti¹⁸⁸; una breve riflessione può però essere avanzata subito. L'opzione di graduare l'ammissibilità del mezzo investigativo e delle garanzie procedurali a seconda della gravità del reato è condivisibile, perché risponde ai principi di uguaglianza, per cui fattispecie diverse debbano essere disciplinate in modo diverso, e di proporzionalità, secondo il quale la limitazione dell'interesse costituzionale debba costituire il minor sacrificio¹⁸⁹. Tuttavia, come già accennato, l'art. 14 Cost. viene in rilievo solo come domicilio tradizionale; non vi è mai un'operazione di bilanciamento tra interessi contenuti nel dispositivo digitale e beni giuridici protetti dalle fattispecie di reato.

Si deve addirittura registrare che rispetto al Parlamento risulta più garantista la posizione della Corte di Cassazione, “notoriamente aliena da mosse libertarie”¹⁹⁰.

¹⁸⁶ P. Bronzo, *op. cit.*, 2018, p. 244.

¹⁸⁷ M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1664. Tuttavia, le difficoltà interpretative non scompaiono, come suggerito da P. Rivello, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Le nuove intercettazioni*, (a cura di) O. Mazza, Giappichelli, 2018, pp. 123 e 124. L'autore sostiene che “in considerazione della connotazione “itinerante” del captatore informatico, che per sua natura “segue” lo strumento elettronico su cui è stato inoculato, il rispetto di tale previsione, con riferimento all'individuazione dei luoghi, sarebbe estremamente difficoltoso, laddove fosse imposta una rigida e tassativa indicazione di luoghi ben circoscritti; la pretesa di un'anticipata, puntuale elencazione degli ambiti spaziali interessati dall'attività del captatore informatico sembrerebbe infatti incompatibile con questo particolare tipo di intercettazione, inscindibilmente collegata al dispositivo elettronico di riferimento, portato al seguito del soggetto intercettato, nei suoi vari spostamenti”.

¹⁸⁸ v. cap. IV.

¹⁸⁹ P. Bronzo, *op. cit.*, 2018, p. 245.

¹⁹⁰ F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012 (9° ed.), p. 87.

2.4.) *Il provvedimento di autorizzazione*

L'art. 266, co. 2, c.p.p. attribuisce agli organi requirenti un potere d'accesso al captatore informatico di notevole estensione. Basti pensare che il terzo binario, relativo ai reati ordinari, comprende anche fattispecie di scarso allarme sociale, quali la minaccia, il commercio di sostanze alimentari nocive o la contraffazione di brevetti. Di conseguenza, è sorto il problema di soddisfare il principio di proporzionalità.

Il rispetto del canone del minor sacrificio ruota attorno alle garanzie previste per il provvedimento di autorizzazione del giudice¹⁹¹. L'art. 267 c.p.p. dispone che l'inserimento del *malware* debba essere motivato relativamente alle “*ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini*”. Si tratta di un maggior onere motivazionale, che, a fronte di una notevole apertura in termini di reati astrattamente intercettabili, impone l'individuazione del *quomodo* dell'attività investigativa¹⁹². In altri termini, il decreto autorizzativo deve illustrare la necessità del ricorso ad una forma così intrusiva come il *trojan*.

Tuttavia, a differenza del regime previsto per le intercettazioni tradizionali, la norma non parla di indispensabilità, bensì di necessità. Pertanto, la lettera del testo fa intuire che l'adozione del captatore sia consentita ogni qualvolta gli altri mezzi investigativi non siano altrettanto efficaci¹⁹³. È evidente che siffatta interpretazione apra al pericolo di un vaglio giurisdizionale non sufficientemente rigido. Essendo non infrequente la prassi del “copia e incolla”, non è utopico pensare che il giudice si limiti a riportare il contenuto dell'istanza del Pubblico Ministero, colui che conduce le indagini e meglio di tutti può argomentare circa la maggiore efficacia di un atto investigativo piuttosto che di un altro¹⁹⁴. Purtroppo, ci troviamo di fronte ad un ennesimo caso di discrasia tra *voluntas legis* e la sua *littera*. Nonostante l'intenzione fosse disciplinare il captatore come ipotesi residuale¹⁹⁵, quel che ne risulta è un regime a maglie larghe. L'irragionevolezza è manifesta.

¹⁹¹ P. Bronzo, *op. cit.*, 2018, p. 248. L'autore sottolinea la discrasia con la posizione precedentemente assunta in giurisprudenza, che consentiva l'utilizzo del *trojan* esclusivamente per fattispecie di reato di particolare allarme sociale.

¹⁹² M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1666.

¹⁹³ D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, vol. 1, p. 219. È affermato che “il giudizio di necessità non coincide con quello di certa infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale quanto piuttosto con la prova, anche logica, di una meno agevole praticabilità delle operazioni tradizionali”.

¹⁹⁴ L. Agostino – M. Peraldo, *op. cit.*, 2020, p. 79.

¹⁹⁵ “un criterio importante per assicurare il rispetto del principio di proporzione in sede di applicazione dell'istituto”, secondo P. Bronzo, *op. cit.*, 2018, p. 249.

Quanto poc'anzi descritto vige per le prime due categorie di reati. Invece, per quanto concerne le fattispecie criminose ordinarie, come già accennato, è imposto un ulteriore requisito: l'indicazione dei luoghi e del tempo, “*anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono*”. La disposizione è stata definita “una sorta di interpretazione autentica” sulla compatibilità tra carattere itinerante del *trojan* e individuazione *ex ante* dei luoghi di indagine¹⁹⁶. L'inammissibilità *tout court* sancita dalla Corte di Cassazione è stata superata dalla clausola della determinazione indiretta, per cui l'individuazione dello spazio può essere surrogato con quello delle persone. Ad esempio, il provvedimento potrebbe autorizzare l'attivazione del microfono ogni qualvolta il titolare del dispositivo infetto incontri certi soggetti¹⁹⁷.

È evidente che in questo modo l'onere motivazionale diventi mera forma, perché l'esigenza di limitare l'attivazione del microfono nel tempo e nello spazio si tradurrebbe in un costante tracciamento da parte del Pubblico Ministero. Il pericolo è di un uso abnorme del captatore, poiché il giudice non può nemmeno compiere alcun controllo *in itinere*¹⁹⁸.

Già ad un'analisi superficiale, appare palese l'insufficienza delle garanzie previste dall'ordinamento. Il presupposto della necessità è contraddittorio con le finalità che il Legislatore si era prefissato, mentre la determinazione indiretta dei luoghi è più simile ad una chimera che ad un baluardo per i diritti fondamentali della persona sottoposta alle indagini. Per una volta, forse, sarebbe stato meglio che il Legislatore si adeguasse ai moniti proveniente dalla Cassazione. Vedremo se questa solleva questione di legittimità costituzionale per far rilavare la profonda irragionevolezza della disciplina; sarebbe sufficiente che riproponga quanto già affermato nella vicenda *Scurato*.

2.5.) *Gli utilizzi atipici*

Quid iuris degli altri potenziali usi del captatore informatico? Sono ammissibili? Al quesito la giurisprudenza ha dato risposta affermativa, a partire dalla già citata sentenza *Virruso*¹⁹⁹.

¹⁹⁶ M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1665.

¹⁹⁷ L'ipotesi è formulata da M. Daniele, *op. cit.*, 2020, p. 52, che rinvia alla *Relazione illustrativa* al D.Lgs. n. 216 del 2017.

¹⁹⁸ S. Furfaro, *intercettazioni (profili di riforma)*, in *Dig. disc. pen.*, 2018, vol. 10, p. 404.

¹⁹⁹ Cass. pen., sez. V, 14 ottobre 2009, *Virruso*, n. 16556. La Corte ha statuito che: “*L'attività autorizzata dal P.M., consistente nel prelevare e copiare documenti autorizzati sull'hard disk dell'apparecchio [...] aveva avuto ad oggetto non un flusso di comunicazioni, richiedente un dialogo con altri soggetti, ma una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico, ossia un flusso unidirezionale di dati confinato all'interno dei circuiti del personal computer. Pertanto, correttamente, i giudici di merito hanno ricondotto l'attività di captazione in questione al concetto di prova atipica, sottratta alla disciplina degli artt. 266 e ss. c.p.p., utilizzandone i risultati*”.

La norma richiamata è l'art. 189 c.p.p., che, pur parlando di *prova atipica*, è stato esteso anche ai *mezzi di ricerca* della prova atipici, così da divenire la porta d'ingresso nel processo per i nuovi strumenti tecnologici²⁰⁰.

La disposizione in esame richiede che la prova ammessa sia “*idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti*” e non violi “*la libertà morale della persona*”. Mentre sul primo presupposto non vi è alcun dubbio, invece il ricorso del secondo ha suscitato maggiori perplessità. In un recente giudizio innanzi alla Corte di Cassazione è stato sostenuto che l'inoculazione del *malware*, attraverso la cooperazione artificiosa della persona sottoposta ad indagini, contrasta con l'art. 188 c.p.p., da leggere in combinato disposto con il successivo art. 189, perché sarebbe violata la libertà di autodeterminazione della persona indagata²⁰¹. L'organo di nomofilachia, aderendo alla tesi maggioritaria anche in dottrina²⁰², non ha accolto il principio di diritto, ritenendo che “*il trojan horse non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità*”.

La vera questione ruota attorno al concetto di *prova incostituzionale*²⁰³. Nel 2006 le Sezioni Unite *Prisco* furono chiamate a pronunciarsi sulla legittimità dell'utilizzo durante le indagini delle videoregistrazioni, atti investigativi non regolati dall'ordinamento²⁰⁴. Fu sancito che “*l'art. 189 c.p.p., in coerenza con l'art. 190, co. 1, c.p.p. – che impone al giudice di escludere le prove “vietate dalla legge” – presuppone logicamente la formazione lecita della prova e soltanto in questo caso la rende ammissibile*”. Dunque, ulteriore requisito implicito è la conformità a costituzione del mezzo di prova atipico.

Il quesito allora diventa: le perquisizioni online, la lettura delle conversazioni su WhatsApp e il pedinamento dell'indagato si pongono in contrasto con i diritti fondamentali sanciti in Costituzione? La risposta non può che essere affermativa, pena l'assoggettamento degli interessi della persona all'autorità. Il captatore informatico possiede un tasso di intrusività

²⁰⁰ E.M. Mancuso, *Le perquisizioni on-line*, in *Jus Online*, 2017, v. 3, p. 426. Sull'interpretazione estensiva, maggioritaria in giurisprudenza, è alquanto critico P. Tonini, *Procedura Penale*, Giuffrè, 2020, 21° ed., pp. 271 e 272. L'autore sostiene che la *ratio* dell'art. 189 c.p.p. sia consentire l'ingresso nel processo di evidenza probatoria atipica, ma acquisita attraverso un mezzo tipico. È un'interpretazione orientata al principio di legalità processuale.

²⁰¹ Cass. pen., sez. V, 30 ottobre 2020, n. 31604.

²⁰² v. per tutti M. Torre, *op. cit.*, 2017, p. 69.

²⁰³ Per un'analisi di tutte le tesi prospettate in dottrina v. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, pp. 150 ss.

²⁰⁴ Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, *Prisco*, n. 26795.

nella vita del cittadino senza pari, ponendo problemi di bilanciamento con l'interpretazione evolutiva della libertà personale, domiciliare e di corrispondenza.

Gli artt. 13 e 14 Cost. ammettono restrizioni “*nei soli casi e modi previsti dalla legge*” e l'art. 15 richiede espresse garanzie dal diritto positivo. Ne consegue che “nel corso delle indagini non sono ammissibili attività che implicano limitazioni delle libertà di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost. in assenza di una disposizione di legge”²⁰⁵. Si deve allora concludere che l'utilizzo del captatore informatico per finalità non espressamente previste dall'ordinamento sia manifestamente incostituzionale. Non sono necessari nemmeno particolari vagli critici, né difficili operazioni di bilanciamento. È sufficiente leggere la lettera della Costituzione²⁰⁶.

Qualificare il captatore come mezzo di ricerca della prova atipico comporta notevoli problemi in tema di garanzie processuali. Ad esempio, la perquisizione da remoto mediante *trojan*, rispetto alla perquisizione informatica, esclude la conoscibilità dell'atto e l'assistenza del difensore, né può trovare applicazione l'art. 247, co. 1-*bis*, c.p.p. sull'adozione di misure tecniche per la conservazione dei dati²⁰⁷. La sussunzione degli usi atipici del captatore all'art. 189 c.p.p., in un contesto di vuoto normativo, comporta uno stato di soggezione per l'individuo. Si è realizzato ciò che i Costituenti vollero evitare ad ogni costo.

A ciò si aggiunge un ulteriore e grave criticità, perché, nonostante la pervasività del controllo, l'assenza di qualsivoglia disciplina non permette il coinvolgimento del giudice in sede di autorizzazione, cosicché il Pubblico Ministero può procedere in autonomia, anche delegando il compimento dell'atto alla polizia giudiziaria²⁰⁸.

Con la radicalità imprescindibile quando è in esame la tutela dei diritti fondamentali, è doveroso affermare che ci troviamo di fronte ad un *monstrum* giuridico. 1) L'art. 189 c.p.p., chiaro nel suo tenore letterale, è esteso anche ai mezzi di ricerca della prova atipici, per ragioni di politica criminale²⁰⁹; 2) Il *trojan horse*, “uno strumento probatorio dalle formidabili capacità di penetrazione nella sfera privata dell'individuo”²¹⁰, è ammesso

²⁰⁵ M. Trogu, *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in *Le indagini atipiche*, (a cura di) A. Scalfati, Giappichelli, 2019 (2° ed.), p. 580. Medesima tesi è sostenuta da F. Caprioli, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2017, vol. 3, n. 2, p. 487.

²⁰⁶ Sul tema si tornerà nel cap. IV, illustrando perché l'interpretazione sia sempre più lontana dalla lettera della carta costituzionale.

²⁰⁷ M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1672.

²⁰⁸ È stato correttamente posto in rilievo da P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, vol. 5, p. 131., che nella vicenda *Virruso* fosse stata la Polizia di Stato ad entrare nell'*hard disk* del dispositivo infettato e a prendere copia di quanto ivi contenuto.

²⁰⁹ I giudizi di valore, seppur condivisibili, non competono tuttavia ai giudici. L'opportunità di introdurre nel processo nuovi strumenti tecnologici compete al Parlamento, secondo il principio di divisione dei poteri.

²¹⁰ F. Caprioli, *op. cit.*, 2017, p. 485.

nonostante la riserva di legge sancita in Costituzione; 3) L'assenza di regole positive affida la determinazione di modalità di utilizzo e condizioni di ammissibilità alle valutazioni dell'ordine giudiziario, sacrificando il principio di legalità processuale.

Come superare tale *impasse*? È certamente opportuno un intervento legislativo, che regoli una prova ad oggi da considerarsi incostituzionale²¹¹. Tuttavia, attendere il Legislatore potrebbe comportare la violazione di interessi assoluti ancora per lungo tempo. Dunque, è affidato all'interprete il compito di dovervi porre rimedio.

Autorevolissima dottrina sostiene da tempo che il *vulnus* risieda nello stesso art. 189 c.p.p., che è contrario alla carta fondamentale lì dove consente l'adozione di mezzi di ricerca della prova che incidono sulla libertà personale, di domicilio o di corrispondenza²¹². *Prima facie*, il risultato pratico di questa interpretazione, che conduce ad una dichiarazione di incostituzionalità, potrebbe sembrare il medesimo del divieto di prova incostituzionale affermato dalle Sezioni Unite nel 2006: l'inaammissibilità dell'evidenza raccolta. Differenze vi sarebbero solo nel momento dell'accertamento: nella prospettiva assunta della Corte è rimesso al giudice del caso concreto il vaglio di legittimità del mezzo investigativo, mentre l'altra tesi opera a monte, escludendo *tout court* tutti gli atti atipici che incidano sulle libertà in esame. È da preferire quest'ultima soluzione per due ordini di ragioni: *in primis*, sotto il profilo ermeneutico la massima della Cassazione è un'evidente forzatura della *littera legis*; in secondo luogo, la dichiarazione di illegittimità del Giudice delle leggi avrebbe efficacia *erga omnes*, così da impedire prassi poco attente al dettato costituzionale.

Ciononostante, anche una simile impostazione, seppur da condividere, non sarebbe idonea a ripristinare l'ordine legale, perché la giurisprudenza maggioritaria ritiene che gli interessi coinvolti nello spazio digitale non siano riconducibili agli artt. 13, 14 e 15 Cost. La *quaestio iuris* è a monte: rileva l'ubicazione materiale del sistema informatico o il sistema in sé? La Suprema Corte propende per la prima opzione²¹³, la dottrina quasi unanime è per la seconda²¹⁴. Finché non vi sarà un intervento della Corte costituzionale che assuma una posizione netta ed univoca sul rango costituzionale dei dispositivi digitali, al momento appare improbabile un mutamento della giurisprudenza di legittimità.

²¹¹ F. Iovene, *op. cit.*, 2014, p. 341.

²¹² F. Cordero, *op. cit.*, 2012, p. 848. L'autore sostiene anche che tali prove debbano essere considerate ammissibili finché non interverrà la pronuncia di illegittimità della Corte costituzionale.

²¹³ M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1167.

²¹⁴ Uno dei primi autori a sottolineare la rilevanza costituzionale del domicilio informatico è stato G. Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, UTET, 1999, p. 66.

A giudizio di chi scrive i contrasti interpretativi analizzati negli ultimi paragrafi non sono il frutto del caso, perché rilevano diverse prospettive sull'interpretazione della Costituzione e della legge, sul bilanciamento tra interessi costituzionali e sul ruolo delle Corti supreme. Su questi temi si tornerà più avanti²¹⁵.

3. L'ordine di produzione dei dati

3.1.) *Servitus iustitiae*

Il successo del captatore informatico, così come di tutti gli *encryption workarounds*, dipende da fattori tecnologici, piuttosto che giuridici. “The uncertainty is inherent”²¹⁶. Ad esempio, non vi è alcuna garanzia circa l'ingresso del *malware* nel dispositivo, specialmente quando la persona sottoposta ad indagini ricorre ad elevati tassi di crittografia per celare l'identità e impedire l'ingerenza degli organi requirenti.

In questo contesto di mera probabilità del successo investigativo, assumono un ruolo cruciale le parti terze. Le società che producono i dispositivi e gli *Internet Service Providers* sono in grado di superare le barriere crittografiche e permettere l'accesso a dati di estrema rilevanza per le vicende processuali. Mai come oggi, è impellente la partecipazione di soggetti privati all'amministrazione della giustizia.

Tuttavia, gli utenti ripongono affidamento sulle compagnie *hi-tech*, interessate a salvaguardare il rapporto fiduciario con i propri clienti²¹⁷. Ne deriva un difficile bilanciamento, perché l'eccessiva subordinazione delle parti terze all'autorità giudiziaria comprometterebbe gli interessi dei cittadini; al contempo, non può nemmeno essere escluso l'ordine di produzione dei dati, pena il sacrificio della funzione di difesa sociale. Emerge “una inedita frizione tra le prerogative pubbliche ed il crescente potere delle multinazionali private”²¹⁸, poiché quest'ultime assumono un ruolo di collaborazione ma anche di garanti per la sicurezza dei dati²¹⁹.

²¹⁵ v. cap. IV.

²¹⁶ O.S. Kerr – B. Schneier, *op. cit.*, 2018, p. 1012. I due autori sostengono che l'incertezza sia il carattere fondamentale della decriptazione. “Workarounds are never guaranteed”.

²¹⁷ Del tema si è già discusso nel par. 3.2.), cap. II, relativamente alla sicurezza dei dati informatici.

²¹⁸ M. Torre, *Sull'obbligo per il privato di collaborare ad attività di digital forensic: il caso “Apple – F.B.I.”*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, 2019, p. 1686.

²¹⁹ M. Bonini, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti “violabili” in nome della lotta al terrorismo ed altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, in *Rivista AIC*, 2016, vol. 3, p. 13.

Il trattamento riservato dall'ordinamento italiano alle parti terze deve essere ricostruito attraverso l'interpretazione sistematica di più norme. L'art. 352, co. 1-*bis*, c.p.p., dedicato alle perquisizioni informatiche, dispone che “*gli ufficiali di polizia giudiziaria [...] procedono altresì alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, quando hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi*”. Il superamento delle misure di sicurezza è garantito dal co. 4 dell'art. 348 c.p.p.: “*la polizia giudiziaria, quando [...] compie atti ed operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, può avvalersi di persone idonee le quali non possono rifiutare la propria opera*”. Del medesimo tenore è l'art. 359 c.p.p., perché il Pubblico Ministero “*può nominare e avvalersi di consulenti, che non possono rifiutare la loro opera*”. L'inosservanza dell'obbligo da parte dei tecnici è sanzionata da una figura di reato *ad hoc*²²⁰.

La disciplina sulla c.d. *data retention* è analoga. L'art. 132 del Codice della privacy prevede un obbligo generale di conservazione per ventiquattro mesi, imponendo la trasmissione dei dati a fronte del decreto motivato del giudice. L'art. 24 della legge 167/2017 estende la durata a settantadue mesi per reati di particolare gravità.

Dal quadro normativo descritto deriva la trattazione delle parti terze alla stregua del testimone, perché, se necessario, gli organi requirenti possono intimare loro la prestazione della collaborazione tecnica²²¹. La multinazionale privata assume così la veste di *servitus iustitiae*, che ha l'obbligo di presentarsi, rispondere e rispondere secondo verità. Lo statuto del testimone può essere ricondotto al dovere di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, derogabile soltanto in nome di un bene di pari rango²²². Tuttavia, estendere *tout court* ai produttori di dispositivi e ai *Providers* una simile disciplina rischia di sacrificare eccessivamente il diritto alla sicurezza dei dati, negando l'aspettativa di riservatezza che gli utenti nutrono nei confronti dei prestatori del servizio.

La posizione delle società terze è ibrida: per taluni profili è analoga al testimone e per altri al professionista, perché la conoscenza di fatti rilevanti per il processo è “*per ragione del proprio ministero, ufficio o professione*”. Si rende allora necessario disporre dei limiti alla pretesa del Pubblico Ministero, individuando le fattispecie incriminatrici che consentono

²²⁰ Art. 328 c.p.

²²¹ M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1683.

²²² A. Camon, *Le prove*, in A. Camon – C. Cesari – M. Daniele – M.L. Di Bitonto – D. Negri – P.P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2020, pp. 311 e 312.

l'ordine di produzione dei dati. Il bilanciamento tra i beni giuridici protetti dal reato e l'interesse al controllo delle informazioni deve essere *ex ante* e ad opera esclusiva del Legislatore, la cui stessa esistenza è legata al monopolio della forza legittima²²³. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, questo principio, *ictu oculi* pacifico, pone annose questioni nell'epoca dei *big-tech*.

Si deve prendere in considerazione un ulteriore elemento di criticità che complica il quadro: il valore intrinseco dei dati. L'ordine di consentire l'accesso al sistema informatico confligge con il diritto alla riservatezza e al libero svolgimento della personalità; *a fortiori*, se l'oggetto da ricercare ha carattere sensibile. Pertanto, la legge deve contemperare l'esigenza di repressione degli illeciti non solo con l'interesse dei terzi a salvaguardare il rapporto fiduciario, ma anche con il valore costituzionale dello spazio digitale.

Vedremo nei prossimi paragrafi come l'ordinamento italiano coniuga le esigenze di giustizia e libertà in due circostanze: accesso al dispositivo e *data retention*.

3.2.) *L'accesso al dispositivo*

Non può essere affrontato il tema senza partire dalla nota vicenda giudiziaria della strage di San Bernardino, negli Stati Uniti, in cui persero la vita quattordici persone²²⁴. Il 2 dicembre del 2015 una coppia di coniugi fece irruzione in un centro per disabili aprendo il fuoco sulla folla. Due giorni più tardi, l'Isis rivendicò l'attentato e il procedimento venne rubricato dall'FBI come "atto terroristico".

Durante il sopralluogo fu rinvenuto l'*iPhone 5-C* di uno degli attentatori, tuttavia protetto da *password*. L'autorità giudiziaria, sulla base del *All Writs Act* del 1789²²⁵, ordinò ad *Apple* di realizzare un software che disattivasse la funzione di *auto-erase*, così da poter successivamente tentare tutte le *password* possibili e accedere al dispositivo²²⁶. Adottando lo

²²³ R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2017 (18° ed.), p. 14.

²²⁴ Per una descrizione puntuale dei fatti v. A. Nagourney – I. Lovett – R. Pérez-Peña, *San Bernardino Shooting Kills at Least 14; Two Suspects Are Dead*, in <https://www.nytimes.com/2015/12/03/us/san-bernardino-shooting.html>, 2 dicembre 2015.

²²⁵ Per un'analisi circa la correttezza del richiamo alla legge in esame v. G. Resta, *Il caso USA v. Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2016.

²²⁶ G.E. Vigevani, *Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco*, in *DPCE online*, 2016, vol. 2, p. 3. "Tale normativa – afferma l'autore – attribuisce al giudice ampi poteri per assicurare che le sue decisioni siano adempite, tra cui *inter alia*, secondo l'interpretazione della Corte Suprema, quello di chiedere l'assistenza tecnica di terzi, purché vi sia una relazione tra la materia e il destinatario dell'atto e l'intervento sia necessario e non si risolva in un sacrificio eccessivamente gravoso".

schema individuato da Kerr e Schneier²²⁷, la strategia investigativa fu ricorrere a due *encryption workarounds: compel the key e guess the key*.

Suscitando clamore in tutto il globo, Tim Cook, *Ceo* della compagnia della Silicon Valley, scrisse una lettera aperta ai propri clienti, illustrando le ragioni per cui avesse rifiutato di prestare collaborazione: “if the government can use the *All Writs Act* to make it easier to unlock your iPhone, it would have the power to reach into anyone’s device to capture their data. The government could extend this breach of privacy and demand that Apple build surveillance software to intercept your messages, access your health records or financial data, track your location, or even access your phone’s microphone or camera without your knowledge”²²⁸.

Il conflitto tra interessi di rango costituzionale è massimo: funzione di difesa sociale, declinata in termini di anti-terrorismo, vs sfera privata delle persone²²⁹. Come trovare il giusto equilibrio? L’evoluzione del diritto statunitense dimostra che non vi sono statuizioni rigide applicabili ad ogni circostanza: più è intensa la gravità del reato e più appaiono ragionevoli le compressioni del diritto alla privacy²³⁰. Contestualmente, è cresciuta negli ultimi anni anche la centralità dello spazio digitale e, di conseguenza, la sua capacità di influenzare la vita delle persone²³¹. Ogni violazione porta con sé il pericolo di abusi, essendo notevole il potere riconosciuto in capo ai soggetti pubblici.

Il caso non ebbe risoluzione, perché il 28 marzo del 2016 l’FBI comunicò di aver superato la crittografia, senza però specificare le tecniche utilizzate²³². La rinuncia del Governo statunitense pose fine alla *querelle* giudiziaria, ma lasciò insoluto il problema di bilanciamento tra valori assoluti propri di ogni democrazia liberale²³³.

Il quesito che si deve porre è: cosa sarebbe successo se il fatto si fosse verificato sul territorio italiano²³⁴? Le norme sulla perquisizione informatica sono già state esaminate nel precedente paragrafo, illustrando la declinazione del terzo come *servitus iustitiae*. Bisogna però

²²⁷ v. par. 1.3.), cap. III.

²²⁸ T. Cook, *A Message to Our Customers*, in <https://www.apple.com/customer-letter/>, 16 febbraio 2016.

²²⁹ G.E. Vigevani, *op. cit.*, 2016, p. 5.

²³⁰ L.P. Vanoni, *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, in *Federalismi.it*, 2015, vol. 1, p. 34.

²³¹ M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti: il dinamismo dei diritti in una società in continua evoluzione*, Giappichelli, 2014, p. 13.

²³² Ancora oggi non vi è certezza sui metodi adottati per violare l’integrità del dispositivo. Suggestisce M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1679, che l’FBI abbia fatto ricorso al c.d. *mirroring*, che consiste nel copiare il software del sistema, e successivamente abbia adottato la tecnica del *password cracking*.

²³³ M. Orofino, *FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime*, in *DPCE online*, 2016, vol. 2, p. 281.

²³⁴ M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1682.

accertare a quali condizioni l'autorità giudiziaria possa procedere al compimento dell'atto investigativo. In altri termini, se al Pubblico Ministero non è consentito perquisire il dispositivo, nemmeno gli è attribuita la facoltà di ricorrere alla collaborazione dei terzi.

L'art. 352, co. 1-bis, c.p.p. pretende che ricorra il fondato motivo di ritenere che nel sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, “*si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi*”. Nell'architettura ideata dal Legislatore centrale è la notizia di reato²³⁵: la sua sola presenza permette l'accesso al dispositivo. Al fine di impedire che il mezzo di ricerca della prova diventi “esplorativo”, cioè di ricerca del reato, è cruciale che il provvedimento di autorizzazione indichi i dati digitali oggetto della ricerca²³⁶.

È da notare che nel nostro ordinamento la perquisizione informatica, così come l'eventuale ordine di collaborazione, è ammessa per tutte le fattispecie criminose. Le garanzie, quali l'assistenza del difensore e le regole sul trattamento dei dati, sono semmai *in medias res*, quando il Pubblico Ministero o la polizia giudiziaria hanno già effettuato l'accesso, violando gli interessi costituzionali in esame. Per rispondere al quesito poc'anzi posto, si può concludere che la vicenda Apple-FBI sarebbe stata risolta sotto la giurisdizione italiana a favore degli organi requirenti²³⁷.

È opportuno però interrogarsi sulla correttezza del bilanciamento. Posto che “quando si tratta di modulare il rapporto tra libertà e sicurezza non esistono soluzioni facili”²³⁸, le scelte effettuate dal Legislatore sollevano più di un dubbio. L'accesso allo spazio digitale del cittadino per ogni ipotesi di reato comporta il sacrificio eccessivo del diritto alla riservatezza e medesime considerazioni possono essere formulate circa l'obbligo di collaborazione delle società private, costrette senza alcuna eccezione a violare gli interessi di milioni di utenti. Il principio di proporzionalità suggerirebbe di graduare diversamente i poteri di *law enforcement* a seconda della gravità dell'illecito per cui si procede. Nell'attentato di San Bernardino sono in gioco diritto alla vita e sicurezza nazionale; *nulla quaestio*, la violazione

²³⁵ P. Felicioni, *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, UTET, 2019, p. 1411.

²³⁶ P.P. Paulesu, *Notizie di reato e scenari investigativi complessi, contrasto alla criminalità organizzata, operazioni “sotto copertura”, captazione di dati digitali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, v. 4, p. 801. Sebbene l'interpretazione sia pienamente condivisibile, la prassi giudiziaria mostra l'eccessiva elasticità del controllo operato dal giudice.

²³⁷ Alla medesima conclusione giunge M. Torre, *op. cit.*, 2019, p. 1685.

²³⁸ A. Soro (Presidente del Garante per la protezione dei dati personali), *Caso Apple-Fbi, nel rapporto tra privacy e sicurezza serve un utilizzo ragionevole delle tecnologie*, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4710683>, 20 febbraio 2016.

del sistema informatico è doverosa. È ragionevole però applicare la medesima disciplina ad un illecito bagatellare? Trattasi di domanda retorica, è palese che non lo sia.

3.3.) *L'accesso ai metadati*

L'accesso ai metadati (dottrina e giurisprudenza parlano anche di dati “esteriori” o tabulati telefonici) rappresenta un efficace mezzo di ricerca della prova perché, a differenza delle intercettazioni, “consente di rivolgere uno sguardo investigativo anche al passato”²³⁹, garantendo l'acquisizione di data, ora, luogo, durata della chiamata e soggetti interlocutori²⁴⁰. Le informazioni raccolte dagli *Internet Service Providers*, per ragioni amministrative e contabili, rappresentano un'enorme utilità per le agenzie di *law enforcement*, interessate soprattutto a ricostruire gli spostamenti della persona sottoposta ad indagini²⁴¹.

Si ripropone in questa sede il conflitto tra organi pubblici e centri di potere privati, che, desiderando salvaguardare il rapporto fiduciario con i clienti, sono portatori di interessi contrari a quelli di giustizia²⁴². A giudizio di chi scrive il tema non può essere ridotto a esigenze di legalità vs logiche di mercato, perché sono gli stessi cittadini a riporre affidamento sulle compagnie *big-tech*. L'accesso indiscriminato ai metadati inciderebbe in misura irreversibile sul comportamento degli individui, che utilizzano quotidianamente lo *smartphone* con l'idea inconscia di riservatezza. Se il telefono, *longa manus* dell'essere umano, diventasse un mezzo di costante sorveglianza, saremmo tutti costretti a mutare le nostre abitudini di vita. Pertanto, il Legislatore ha il dovere di prendere in considerazione questo profilo, ben più rilevante dei meri interessi commerciali delle multinazionali, e promuovere un equo bilanciamento.

²³⁹ E. Aprile – F. Spiezia, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, 2004, p. 139.

²⁴⁰ Si rende necessario chiarire le differenze tra l'istituto in esame e le intercettazioni del flusso telematico o informatico di cui all'art. 266-bis c.p.p. Le distinzioni attengono al rapporto con la crittografia e al momento della ricerca: 1) l'istituto della *data retention* permette l'accesso a dati che sono già stati criptati dal dispositivo, tuttavia rintracciabili nella versione in chiaro presso soggetti terzi; al contrario, l'intercettazione interviene prima che il contenuto venga criptato dai servizi di messaggistica. 2) I tabulati contengono informazioni sul passato, mentre l'intercettazione capta le comunicazioni in tempo reale.

²⁴¹ S. Marcolini, *L'istituto del data retention dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 2014*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, 2019, UTET, pp. 1580 e 1581. L'autore pone in evidenza che “mediante la *data retention* si potrebbe ad esempio sottoporre a verifica la tesi difensiva dell'imputato che afferma che, nel momento in cui avrebbe commesso il delitto, era in realtà al telefono con una certa persona”.

²⁴² S. Signorato, *Indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, 2018, p. 182.

La disciplina italiana primeggia per complessità e disarmonia, perché è il portato di molteplici modifiche dovute all'evoluzione della giurisprudenza interna e comunitaria²⁴³.

Una prima importante pronuncia, che circoscrive i poteri di indagine e dispone adeguate garanzie, è la sent. n. 81 del 1993 della Corte costituzionale²⁴⁴. Il Giudice delle leggi ha ricondotto l'accesso ai tabulati telefonici all'art. 15 Cost., estendendone così la riserva di legge e di autorità giudiziaria. Viene affermato che *“l'ampiezza della garanzia apprestata dall'articolo 15 della Costituzione [...] è tale da ricomprendere non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa”*.

È stato acutamente posto in rilievo che la pronuncia, nonostante formalmente si riferisse alla segretezza delle comunicazioni, fosse in realtà innovativa, perché poneva le basi per il riconoscimento di un nuovo e autonomo interesse: il diritto alla riservatezza²⁴⁵. Il dato da considerare è che il progresso tecnologico consente forme di intrusione imprevedibili in passato, le quali solo parzialmente possono essere ricondotte alle categorie tradizionali.

La svolta, che coglie i valori meritevoli di tutela, è rappresentata da una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel 2014²⁴⁶. La Grande Camera, dichiarando il contrasto tra la direttiva 2006/24/CE e gli artt. 7, 8 e 11 della Carta di Nizza, ha rilevato l'enorme invasività dell'atto investigativo in esame: *“those data, taken as a whole, may allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as habits of everyday life, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationship of those persons and the social environments frequented by them”*²⁴⁷.

²⁴³ Per le ricostruzioni storiche della successione di leggi nel tempo, definite “labirintiche”, si rinvia a F.R. Dinacci, *La localizzazione mediante celle telefoniche tra limiti costituzionali e comunitari*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, 2019, pp. 465 ss.

²⁴⁴ Per un'analisi sistematica della sentenza v. D. Potetti, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2748.

²⁴⁵ A. Pace, *Nuove frontiere della libertà di “comunicare riservatamente” (o piuttosto, del diritto alla riservatezza)?* (nota alla sent. 81/1993 Corte cost.), in *Giur. cost.*, 1993, vol. 1, pp. 731 ss.

²⁴⁶ Corte di giustizia UE, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland, Seitlinger e a.

È bene precisare subito che alla sentenza del 2014 ne è susseguita una seconda nel 2016 (Corte Giustizia UE, sent. 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, Tele2 e Watson), che ha ribadito gli approdi interpretativi raggiunti dalla prima, specificando le condizioni di applicabilità dell'accesso ai dati esteriori. Per un approfondimento sul punto v. O. Pollicino – M. Bassini, *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

²⁴⁷ Par. 27 della sentenza.

La Corte ha ritenuto violato il principio di proporzionalità, perché la direttiva non prevedeva “*any differentiation, limitation or exception being made in the light of the objective of fighting serious crimes*”²⁴⁸. In altri termini, la disciplina non si limitava a combattere il terrorismo internazionale e altri gravi reati che attentano alla sicurezza pubblica, definiti dai giudici europei “*objective of general interest*”, ma si traduceva in una incondizionata violazione della riservatezza dei dati, essendo assenti dei limiti alla facoltà d’accesso del Pubblico Ministero e il controllo preventivo di un organo giudicante²⁴⁹.

La pronuncia è stata definita uno “tsunami comunitario”²⁵⁰, perché la portata dei principi affermati, in termini di bilanciamento con il bene giuridico protetto dal reato e di garanzie, ha indotto i Legislatori nazionali a rivedere le normative interne. Anche quello italiano, che poco si distingue per celerità nel recepimento degli atti sovranazionali, non è stato totalmente inerte.

Per quanto concerne gli obblighi dei *Providers*, l’art. 132 del Codice della privacy (ancora in vigore) dispone la conservazione dei dati per ventiquattro mesi. L’art. 24 della legge 167/2017 estende il termine a settantadue per le fattispecie *ex artt.* 51, co. 3-*quater*, e 407, co. 2 lett. a), c.p.p., in ragione della loro maggiore gravità. Tuttavia, poiché non è possibile sapere *ex ante* quale sarà l’illecito oggetto del procedimento, il termine rischia di diventare sempre pari a sei anni, un arco temporale notevole che pone dubbi sulla compatibilità con il canone di proporzionalità²⁵¹. L’art. 256 c.p.p. completa il quadro, prevedendo un generale obbligo di esibizione in capo all’operatore del servizio di telecomunicazione, considerato come *servitus iustitiae*.

Le criticità più evidenti si riscontravano sull’art. 254-*bis* c.p.p., oggi derogato dal nuovo co. 3 dell’art. 132 del Codice della privacy. Non erano specificate la fattispecie criminose per cui si potesse ricorrere alla *data retention*, né erano precisati i presupposti, l’oggetto e le finalità della richiesta di acquisizione. Ne scaturiva un “potere di indagine illimitato” e privo

²⁴⁸ Par. 57 della sentenza.

²⁴⁹ È sottolineato da M. Torre, *Data retention. Una ventilata di ragionevolezza da Lussemburgo*, (a margine della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18), in *Consulta online*, 2021, vol. 2, p. 547, che questo è il punto più innovativo della sentenza *Digital Rights Ireland*. I principi di proporzionalità e ragionevolezza non sono stati applicati alle sole modalità di conservazione dei dati, ma *ab initio* ai casi di accesso. È la gravità del reato a giustificare l’acquisizione delle informazioni.

²⁵⁰ S. Marcolini, *op. cit.*, 2019, p. 1586..

²⁵¹ Particolarmente critica sulla durata dell’obbligo è E. Andolina, *L’acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Cedam, 2018, p. 16. L’autore parla di un “significativo, e quanto mai preoccupante, prolungamento dei tempi di conservazione dei dati del traffico, in evidente attrito con il principio di proporzionalità”.

di “concreti confini operativi”²⁵², il cui esercizio non era nemmeno subordinato all’autorizzazione preventiva del giudice, purtuttavia imposta dalla pronuncia comunitaria. Mentre il Parlamento dormiva sonni profondi e i giudici non avevano alcuna intenzione di sollevare questione di legittimità costituzionale o effettuare un rinvio pregiudiziale²⁵³, è intervenuta nel 2021 una nuova pronuncia della Corte di Giustizia²⁵⁴. I giudici di Strasburgo hanno dichiarato il contrasto della legge estone con il diritto dell’Unione, lì dove dispone la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all’ubicazione, nonché l’accesso su ordine autonomo della pubblica accusa. La valutazione di tutti gli interessi in gioco deve essere di competenza esclusiva del giudice *terzo*, non del Pubblico Ministero (*parte*) che esercita l’azione penale²⁵⁵.

Con il d.l. 131/2021, convertito in l. 178/2021, il Legislatore ha finalmente tentato di porre fine alle palesi violazioni del diritto dell’Unione europea. Il nuovo co. 3 dell’art. 132 del Codice della privacy subordina l’accesso ai metadati alle seguenti condizioni: 1) sufficienti indizi di reato, 2) procedimento per reati puniti con reclusione non inferiore a tre anni, 3) rilevanza dei dati ai fini della prosecuzione delle indagini e 4) decreto motivato del giudice. Sebbene la novella sia da accogliere positivamente, perché ha introdotto un *numerus clausus* di reati e il controllo *ex ante* del giudice, tuttavia permangono dei dubbi sulla legittimità costituzionale dell’ordinamento. *In primis*, il Legislatore ha individuato le fattispecie per cui è consentito l’accesso non secondo il bene giuridico protetto, opzione assunta dalla Corte di Giustizia che ha parlato di criminalità organizzata e pubblica sicurezza, ma attraverso la determinazione di una soglia minima pari a tre anni di reclusione. Ciò comporta due criticità:

²⁵² F.R. Dinacci, *op. cit.*, 2019, p. 476. È correttamente affermato dall’autore che la disciplina contrastasse, ancor prima che con i principi sanciti dalla Corte di Giustizia UE, con l’art. 15 Cost., perché mancavano le garanzie di legge imposte dalla norma. Era sostenuta l’incostituzionalità del mezzo di prova.

²⁵³ Particolarmente critica con la giurisprudenza interna è buona parte della dottrina, che sottolinea l’eccessiva estensione del catalogo di reati che giustifica l’accesso, così come l’interpretazione creativa che ha esteso al soggetto terzo, richiesto dalla Corte di Strasburgo, anche il Pubblico Ministero. In questo senso v. M. Torre, *op. cit.*, 2021, p. 540; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, vol. 2, p. 778; R. Flor, *Data retention ed art. 132 Cod. privacy: vexata quaestio (?)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, vol. 3, p. 362.

²⁵⁴ Corte di Giustizia UE, 2 marzo 2021, causa C-746/18, H.K. c. Prokuratuur.

²⁵⁵ L. Filippi, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *Il diritto di difesa*, 2021, pp. 7 e 8. Afferma l’autore: “la circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo status, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento non può essere sufficiente per conferirgli lo status di terzo rispetto agli interessi in gioco, nel senso che non dispone di tutte le attribuzioni e non presenta tutte le garanzie necessarie per garantire una armonizzazione dei diversi valori e diritti contrapposti. Pertanto, la Corte conclude categoricamente che il pubblico ministero non è in grado di effettuare tale controllo preventivo sulla richiesta delle autorità nazionali competenti di accesso ai dati conservati”.

il bilanciamento è operato in astratto, senza prendere in considerazione gli interessi che il singolo illecito viola, e la cornice edittale appare non compatibile con le gravissime condotte discusse dai giudici europei²⁵⁶.

In secondo luogo, la sufficienza degli indizi di reato, in giurisprudenza spesso intesa quale generica configurabilità della condotta, non sembra poter essere un argine a possibili forme di abuso²⁵⁷; sarebbe stato più opportuno prevedere quantomeno la gravità. Infine, suscita perplessità anche il canone della rilevanza, che finisce per essere *in re ipsa*: se il Pubblico Ministero avanza la richiesta di acquisizione, è di tutta evidenza che i dati siano pertinenti con il *quid probandum*. In tal caso la clausola dell'indispensabilità per il proseguo delle indagini sarebbe stata più coerente con il principio del minor sacrificio²⁵⁸.

Manifestamente contrarie al diritto dell'Unione Europea sono anche le modalità di conservazione dei dati. L'obbligo generalizzato imposto ai *Providers*, senza alcun criterio distintivo in base al reato, alle persone e ai fatti, viola l'interpretazione del diritto comunitario data dalla Corte di Giustizia in una recentissima sentenza in cui ha affermato che l'archiviazione deve essere "mirata", cioè diretta *ab origine* a trattenere solo alcuni dei dati prodotti²⁵⁹.

Le contraddizioni non finiscono qui, perché la durata dell'obbligo di conservazione è abnorme: il termine di sei anni rappresenta un *unicum* in tutto il panorama occidentale. In Francia l'arco temporale è di dodici mesi, *idem* in Spagna, dove il termine può essere ridotto

²⁵⁶ G. Spangher, *Data retention: le questioni aperte*, in *Giustizia insieme online*, 2021, nutre i medesimi dubbi sulla soglia edittale individuata dal Legislatore. È suggerito da R. Flor – S. Marcolini, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, Giappichelli, 2022, pp. 54 e 55, che il Legislatore dovrebbe fare riferimento solo ai reati di cui agli artt. 51, co. 3-*quater*, e 407, co. 2, lett. c), integrati da alcune fattispecie informatiche la cui repressione deve necessariamente avvenire attraverso indagini a contenuto tecnologico.

²⁵⁷ Con riferimento alle intercettazioni per delitti di criminalità organizzata, è sottolineato da A. Camon, *op. cit.*, 2020, p. 375, che la distinzione tra "gravità" e "sufficienza" degli indizi, il cui confine è labile, "si risolve dunque in un segnale che opera sul piano psicologico, invitando i giudici a concedere con maggior larghezza l'autorizzazione".

²⁵⁸ G. Battarino, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Questione giustizia online*, 2021, ritiene che il provvedimento autorizzativo dovrà puntualmente motivare circa la rilevanza dei dati da acquisire, pena l'incompatibilità con i principi affermati dalla Corte di Giustizia.

²⁵⁹ Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2022, causa C-140/22, G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e Minister for Communications, Energy and Natural Resources. I giudici di Strasburgo hanno puntualizzato che il divieto di conservazione generalizzata e incondizionata dei dati si applica anche se vengono in rilievo gravissimi reati, i quali non giustificano una totale compressione dei diritti fondamentali. Par. 100: "*traffic and location data cannot be the object of general and indiscriminate retention for the purpose of combating serious crime and, therefore, access to those data cannot be justified for that same purpose. Where those data have exceptionally been retained in a general and indiscriminate way for the purpose of the safeguarding of national security against a genuine and present or foreseeable threat, the national authorities competent to undertake criminal investigations cannot access those data in the context of criminal proceedings, without depriving of any effectiveness the prohibition on such retention for the purpose of combating serious crime*".

a sei o esteso a ventiquattro mesi a seconda della gravità del reato, in Germania di sole dieci settimane; con riferimento ai Paesi extra-europei, gli Stati Uniti dispongono la *data retention* per un anno e l'Australia per due²⁶⁰. La disciplina italiana è manifestamente contraria al criterio di proporzionalità che dovrebbe invece governare la materia. Le regole, “dal sapore orwelliano”²⁶¹, si traducono nella soggezione delle informazioni del cittadino agli interessi dello Stato, che prima o poi, forse, vorrà accedervi.

3.4.) *L'ordine nei confronti del titolare del dispositivo*

L'ordine di produzione dei dati nei confronti dei terzi è un istituto efficace da una prospettiva investigativa, tuttavia problematico sotto altri profili: è dispendioso per la durata delle indagini, necessita della cooperazione dei privati e non garantisce l'acquisizione dell'evidenza probatoria. La strada più immediata per aggirare la crittografia è un'altra: promuovere l'ordine nei confronti del titolare del dispositivo, certamente a conoscenza della chiave per accedere al sistema informatico.

Il quesito che si pone è il seguente: qualora il proprietario del dispositivo digitale rifiuti di prestare collaborazione, quali poteri possono essere esercitati dagli organi requirenti? Mentre la giurisprudenza e la dottrina interna non si sono occupate del tema, la letteratura americana sul punto è sconfinata²⁶². Gli interessi in bilanciamento sono *the privilege against self-incrimination*, protetto dal quinto emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, e la funzione di difesa sociale. Da un lato, costringere la persona sottoposta ad indagini a rivelare la *password* compromette il diritto al silenzio, imponendo di dichiarare fatti rilevanti per il processo; dall'altro, l'univocità degli elementi raccolti può dimostrare il rapporto di proprietà tra l'indagato e il dispositivo, così da rendere ragionevole l'esercizio di poteri coercitivi.

Nel diritto nordamericano, la risposta all'interrogativo poc'anzi posto dipende dall'applicazione della *foregone conclusion doctrine*²⁶³. Si tratta di un'eccezione al principio *nemo tenetur se detegere*, che trova applicazione allorquando il Governo è già a conoscenza

²⁶⁰I dati sono riportati in A. Cardone, *Il sistema del Data Retention come strumento investigativo*, in *Giur. pen. web*, 2021, p. 6.

²⁶¹ R. Flor – S. Marcolini, *op. cit.*, 2022, p. 56.

²⁶² *Ex multis* si rinvia ad A. Cohen – S. Park, *Compelled Decryption and the Fifth Amendment: Exploring the Technical Boundaries*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2018, vol. 32, pp. 169-234; O. Kerr, *Decryption originalism: the Lessons of Burr*, in *Harvard Law Review*, 2020, vol. 134, pp. 905-963; D.R. Rangaviz, *Compelled decryption & State-Constitutional Protection Against Self-incrimination*, in *American Criminal Law Review*, vol. 57, 2020, pp. 157-206.

²⁶³ O.S. Kerr – B. Schneier, *op. cit.*, 2018, p. 1017.

del contenuto della testimonianza²⁶⁴. La questione, non ancora definita dalla Corte Suprema, è quale debba essere l'oggetto di conoscenza: è sufficiente che gli organi requirenti sappiano che la persona indagata è in possesso della *password*, o è anche necessario che abbiano notizia dei documenti contenuti nel sistema informatico?²⁶⁵ La prima tesi privilegia l'interesse alla repressione dei reati, estendendo significativamente le ipotesi di accesso, perché risulta agevole provare il collegamento tra dispositivo e indagato; al contrario, la seconda è su posizioni molto più garantiste, assumendo quale premessa implicita che l'atto di rivelare la chiave sia indissolubilmente legato anche al contenuto del sistema informatico. In altri termini, la dichiarazione resa coattivamente avrebbe ad oggetto tanto la *password*, quanto i *files* contenuti nel computer, la cui acquisizione è il fine ultimo del mezzo investigativo.

Poiché nell'ordinamento italiano manca una simile disciplina, l'ordine di produzione dei dati nei confronti del destinatario del procedimento è da ritenere inammissibile. L'imputato può scegliere se svolgere o no attività probatoria, contestare gli elementi a carico o astenersi dall'esercizio del contraddittorio, attendere l'esito del giudizio senza compiere alcun atto processuale²⁶⁶. Si tratta di un principio generale dell'ordinamento non derogabile attraverso interpretazioni analogiche o sistematiche.

In questo caso si può forse sostenere che la lacuna normativa sacrifichi eccessivamente gli interessi di *law enforcement*, perché in talune limitate circostanze gli organi requirenti non otterrebbero alcuna conoscenza in più rispetto all'impianto probatorio già acquisito. Ad esempio, nei medesimi casi in cui si applica la *foregone conclusion doctrine*, non sarebbe irragionevole prevedere un obbligo di collaborazione. Qualora il Pubblico Ministero avesse la prova che il dispositivo è di una certa persona e avesse già individuato i dati da sequestrare, il controllo preventivo del giudice potrebbe garantire la ponderazione di tutte le esigenze in gioco.

²⁶⁴ M. Pinto, *The Future of the Foregone Conclusion Doctrine and Compelled Decryption in the Age of Cloud Computing*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts.*, 2016, vol. 25, p. 227. "Disclosure is deemed to be a foregone conclusion if the government can demonstrate knowledge of 1) the existence of the evidence demanded; 2) the possession of and control over the evidence in question by the defendant; and 3) the authenticity of the evidence".

²⁶⁵ A sostegno della prima tesi v. Supreme Court of New Jersey, *State v. Andrews*, 234 A. 3d 1254 (N.J. 2020); *contra*, *In Re: Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated March 25, 2011*, 670 F.3d 1335 (11th Cir. 2012)

²⁶⁶ V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 69.

Siamo giunti a metà del percorso seguito da questo scritto. Dopo aver individuato il diritto alla vita nello spazio digitale quale interesse fondamentale da proteggere, l'analisi ha avuto ad oggetto alcuni dei mezzi di ricerca della prova più intrusivi nella sfera personale del cittadino. Aggirare la crittografia comporta una difficile ponderazione tra diritti dell'individuo ed esigenze della collettività, perché forme tecnologiche essenziali alla protezione da interferenze private diventano ostacoli difficilmente superabili per i soggetti pubblici. Procediamo ora a vedere come il bilanciamento deve essere operato.

CAPITOLO IV: PER UN CORRETTO BILANCIAMENTO TRA INTERESSI COSTITUZIONALI

1. Idea del diritto, giudice e interpretazione

1.1.) *Il perché della riflessione*

L'interpretazione della Costituzione e il bilanciamento tra diritti fondamentali sono forse il tema più discusso dal costituzionalismo odierno, a tal punto che quest'epoca giuridica è stata definita *age of balancing*²⁶⁷. La Corte Costituzionale ha assunto il ruolo di guida nella tutela della persona, diventando un soggetto che partecipa all'evoluzione del diritto, ben distante dall'idea antica del giudice *bouche de la loi*²⁶⁸. Nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità sono emerse nuove tecniche interpretative, come ragionevolezza e proporzionalità, che attribuiscono alle Corti una funzione inedita, su cui è necessario riflettere. Il costituzionalismo deve avere il coraggio di essere polemico e non irenico²⁶⁹ e affrontare le criticità che il nuovo paradigma culturale pone sulla strada per la tutela dei diritti fondamentali.

Il tema qui proposto, *ictu oculi* non pertinente con quanto già trattato, è in realtà cruciale ai fini un corretto bilanciamento tra i diritti della persona nello spazio digitale e la funzione di difesa sociale. Vi sono due ragioni: *in primis*, essendo stata redatta la Carta fondamentale più di settant'anni fa, la protezione dei nuovi diritti compete all'interprete, che attraverso le proprie decisioni può salvaguardare le libertà o aprire *la via della schiavitù*²⁷⁰. Mentre le guarentigie della libertà personale sono espressamente previste all'art 13 Cost., l'autodeterminazione informativa è priva di garanzie, e dunque protetta solo se vi è un giudice a disporlo. In secondo luogo, il processo penale è la sede del più alto conflitto tra individuo e collettività, *habeas corpus* e potestà punitiva dello Stato, la cui ponderazione presenta ineliminabili caratteri di politicità che mal si conciliano con i principi di tassatività e precisione che devono governare l'interpretazione. La relazione tra libertà e repressione dei

²⁶⁷ L'espressione è di T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, pp. 943-1005.

²⁶⁸ La celeberrima definizione del giudice appartiene a Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, 1748, libro XI, cap. VI. "I giudici nazionali sono soltanto la bocca che pronuncia le parole della legge, essere inanimati che non possono moderare né la forza né il rigore".

²⁶⁹ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1944 ss.

²⁷⁰ F.A. von Hayek, *La via della schiavitù*, Rubbettino, 2011 (1° ed. 1944).

reati deve essere letta alla luce del testo costituzionale, il cui significato dipende dai metodi esegetici adottati dalle Corti. Pertanto, discutere di captatore informatico, *data retention* e accesso ai dispositivi tecnologici, senza prendere in considerazione come debbano essere bilanciati i valori sottesi, costituirebbe un'analisi monca, perché incapace di incidere sulle scelte da operare in sede legislativa e giudiziaria.

A fronte del ruolo assunto dalla giurisdizione nel terzo millennio, siamo certi che sia sufficiente parlare di ragionevolezza e proporzionalità, per indagare il rapporto tra diritti inviolabili ed esigenza di repressione dei reati in Costituzione? Questo è il quesito che ci accompagnerà in questo capitolo, che, senza eccessive pretese, cerca di fornire una diversa prospettiva per guardare agli istituti già esaminati.

1.2.) *I diritti derivano dalla legge*

La relazione tra potere e diritti, o tra autorità e individuo, è un tema che risale alle prime forme di civiltà, perché non può esservi vita organizzata senza un soggetto preposto al mantenimento dell'ordine. Le regole che disciplinano cosa è lecito e cosa è illecito, *ne cives ad arma veniant*, rimarrebbero lettera morta se private della sanzione; secondo una certa scuola di pensiero, la norma primaria esiste a condizione che ricorra anche la norma secondaria²⁷¹. Dunque, l'esistenza del potere, che reagisce alla violazione delle regole condivise, è un elemento intrinseco alle comunità di esseri umani, rappresenta l'uscita dallo stato di natura. Ricordando la già citata definizione di Max Weber, lo Stato è il “detentore del monopolio dell'uso della forza legittima”²⁷².

La *vexata quaestio* è se siano i diritti a derivare dalla legge, atto in cui si manifesta il potere, o piuttosto la legge a derivare dai diritti, intesi come essenza pre-giuridica, connaturata alla specie umana. Il dibattito si è tradotto nei secoli in due grandi tradizioni filosofiche: il positivismo giuridico e il giusnaturalismo. Il primo ammette l'esistenza di uno e un solo diritto, il diritto positivo, emanato dal soggetto che esercita il potere legislativo; al contrario, il secondo poggia sulla distinzione tra diritto positivo e diritto naturale e sostiene la supremazia di quest'ultimo²⁷³.

²⁷¹ Si tratta della c.d. concezione coercitiva del diritto, che vede tra i suoi esponenti più noti Thomasius, Austin e von Jhering. Quest'ultimo afferma che “il diritto è il complesso delle norme *coattive* vigenti in uno Stato”. R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, Aragno, 2014 (1° ed. 1877), vol. 1, p. 320.

²⁷² traduzione da M. Weber, *Politics as a Vocation*, Wikisource. Espressione adottata per la prima volta in una lezione all'Università di Monaco nel 1918.

²⁷³ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, 1977 (1° ed. 1965), p. 127. L'autore sottolinea che da questa definizione delle due correnti di pensiero derivano tre possibili soluzioni: “1)

Thomas Hobbes, esponente della prima corrente di pensiero, nel suo celebre *Dialogo* polemico nei confronti di Edward Coke, ricordava che “*nihil enim prodest jura condere, nisi sit qui jura tueatur*”²⁷⁴. La proclamazione del diritto, quand’anche ideologicamente condivisibile, se non è garantita dalla legge e da un soggetto che la faccia valere, diventa priva di effettività, perché le condizioni del cittadino dipendono dalle scelte *de facto* assunte dal Legislatore. Per riprendere il tema affrontato in questo scritto, a nulla varrebbe sancire l’inviolabilità della libertà domiciliare, se non vi fossero adeguati limiti ai poteri di indagini del Pubblico Ministero.

Da questa concezione ontologica ne deriva un’altra di carattere metodologico che riguarda il giudice. Il positivismo giuridico, concepito come “normativismo”, designa non solo un’idea di *ius*, ma anche un certo modo di approcciare allo studio del diritto²⁷⁵. All’interprete competono esclusivamente *giudizi di fatto*, perché l’orizzonte della sua ricerca è lo stato normativo, la regola espressa dall’ordinamento: “positivista è colui che assume di fronte al diritto un atteggiamento avalutativo, o oggettivo, o eticamente neutrale”²⁷⁶. In questi termini, è corretto parlare di *scienza giuridica*, perché l’esegeta, così come il fisico e il matematico, si limita a registrare la realtà in modo passivo, abbandonando ogni prospettiva personale e politica. Il quesito a cui deve rispondere il giurista è “qual è il diritto”, non “quale deve essere”, così da aiutare la giurisprudenza a trovare dei punti di riferimento nell’assunzione delle sue decisioni²⁷⁷.

Se questo è il *metodus operandi*, il positivismo giuridico è “scienza della legislazione positiva”, il cui significato “è una riduzione di tutto ciò che appartiene al mondo del diritto – cioè diritti e giustizia – a ciò che la legge dispone”²⁷⁸. La validità della legge, adottata in conformità delle norme sulla produzione giuridica, diventa l’unico oggetto dell’analisi scientifica²⁷⁹. Di conseguenza, il Parlamento, espressivo della volontà popolare, assume una

diritto naturale e diritto positivo esistono entrambi, ma non in rapporto di dipendenza, bensì di indipendenza; 2) esiste solo il diritto naturale; 3) diritto naturale e diritto positivo esistono entrambi, ma il diritto positivo è superiore al diritto naturale”.

²⁷⁴ T. Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth*, 1839-1845, p. 31.

²⁷⁵ N. Bobbio, *op. cit.*, 1977, p. 89. Secondo Bobbio il positivismo giuridico deve essere inteso sotto tre aspetti: come modo di accostarsi allo studio del diritto, come teoria e come ideologia.

²⁷⁶ N. Bobbio, *op. cit.*, 1977, p. 106.

²⁷⁷ F. Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico* (1951), in *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, 1953, vol. 2, pp. 241-261.

²⁷⁸ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 38. “Questa semplificazione porta a concepire l’attività dei giuristi come un semplice servizio della legge, se non addirittura come sua semplice esegesi, alla pura e semplice ricerca della volontà del legislatore”.

²⁷⁹ F. Modugno, *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, 1985, XXXIV, p. 450.

posizione esclusiva nella formazione delle regole, perché la giurisdizione è concepita come un corpo senz'anima, mera esecutrice della *littera legis*.

Le funzioni del giudice così concepite trovano le radici in Montesquieu. Il potere giudiziario è definito “nullo”²⁸⁰, perché il suo ruolo, privo di margini di apprezzamento, è preordinato a esprimere quanto statuito dal Legislatore, l'unico tra gli organi dello Stato al quale compete l'evoluzione dell'ordinamento. La prospettiva in esame ha influenzato profondamente la tradizione di Civil Law, che, a titolo di esempio, seleziona giudici e pubblici ministeri per concorso.

La Costituzione italiana ne è un perfetto *exemplum*, quando all'art. 104 parla di “*ordine giudiziario*” e non di “*potere giudiziario*”. Dal dibattito dell'Assemblea costituente su questa norma emerse il problema di declinare il ruolo della magistratura nei rapporti con gli altri poteri:

“L'onorevole Calamandrei – afferma l'on. Caccuri – in tema di contrasti fra un potere giudiziario autonomo e gli altri poteri dello Stato, ha prospettato come pericolo la possibilità di un rifiuto di applicazione della legge da parte della Magistratura, la quale potrebbe, ha aggiunto, attribuirsi anche il potere di stabilire criteri generali di interpretazione della legge. Il pericolo prospettato mi sembra in verità assai immaginario e non può sorgere in concreto, sia perché la Magistratura verrebbe meno alla sua funzione se non applicasse una legge che abbia tutti i crismi formali stabiliti dalla Costituzione sia perché la potestà di fissare i criteri generali di interpretazione spetta all'Assemblea legislativa e non all'autorità giudiziaria, che ha soltanto il compito di interpretare la norma con effetto, fra l'altro, limitato al caso concreto”²⁸¹.

Le parole riportate sono di particolare interesse per i nostri fini, perché fanno comprendere che in origine la giurisdizione è stata pensata come un soggetto *neutro*. Il termine “ordine”,

²⁸⁰ Montesquieu, *op. cit.*, 1748, libro XI, cap. VI.

²⁸¹ Discorso pronunciato dall'on. Edmondo Caccuri in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1946. La seduta aveva ad oggetto la redazione dell'art. 104 della Costituzione.

sul cui significato la dottrina allungo ha discusso²⁸², sta ad indicare nel giudice l'assenza di attività volitiva, perché vincolato alla manifestazione politica contenuta nella legge²⁸³.

Non vi è dubbio che l'indipendenza e l'autonomia della magistratura siano state riconosciute alla luce dell'influenza esercitata dall'esecutivo durante il fascismo²⁸⁴; tuttavia, è importante non dimenticare che il vigente ordinamento giudiziario è ispirato ad una precisa concezione del diritto e del giudice, che deve essere guidato dal testo, mai da finalità estrinseche alla lettera. Per concludere, “il positivismo giuridico considera compito della giurisprudenza, non la *creazione*, ma l'*interpretazione* del diritto”²⁸⁵.

1.3.) *La legge deriva dai diritti*

Il giusnaturalismo muove da una concezione antitetica a quella poc'anzi descritta: il diritto naturale è l'unico diritto *vero e giusto*²⁸⁶. I diritti soggettivi preesistono alla legislazione positiva, che deve limitarsi a riconoscerli come un elemento ontologico proprio della *natura* umana, pena la propria invalidità. Nella prospettiva in esame la norma è valida, non se adottata in conformità delle regole sulla produzione giuridica, bensì se corrisponde al diritto ideale²⁸⁷. Pertanto, è la legge a derivare dai diritti.

Poste da parte le ineliminabili ambiguità circa la definizione di diritto “giusto”²⁸⁸, di notevole interesse è verificare quali siano le conseguenze metodologiche. Mentre l'interprete positivista è guidato dal fatto, il giusnaturalista cerca il *valore*²⁸⁹. Il principio di fondo è quello

²⁸² Per una ricostruzione del dibattito v. F. Bonifacio – G. Giacobbe, *Art. 104*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975, p. 15.

²⁸³ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1976, 9° ed., vol. II, p. 1279. L'autore, cogliendo il carattere polisemantico del termine, ritiene che nella radice vi sia anche un riferimento all'organizzazione giudiziaria, nel suo aspetto strutturale.

²⁸⁴ R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2017, 18° ed., p. 319.

²⁸⁵ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1996, p. 220. L'autore distingue tra momento creativo, cioè l'attività legislativa del Parlamento, e momento conoscitivo del diritto, che consiste nel risalire dal segno alla cosa significata. Quest'ultima è la funzione del giudice.

²⁸⁶ S. Cotta, *Diritto naturale*, in *Enc. dir.*, 1964, XIX, p. 647. Il diritto giusto, dice l'autore, “trae la sua giustificazione dall'idea che la giustizia consista in un ordinamento dei rapporti sociali imparziale e adeguato, cioè tale che, per usare una espressione aristotelica, non avvantaggi né danneggi alcuno, ma *suum cuique tribuit*. [...] Sarà vero diritto solo il diritto giusto, ma tale è soltanto, per il ragionamento precedente, il diritto naturale, quindi solo il diritto naturale è vero diritto

²⁸⁷ N. Bobbio, *op. cit.*, 1996, p. 135. L'autore ricorda le origini antichissime di questa scuola di pensiero, risalente già ad Aristotele. Il filosofo indica il termine “diritto” con “dikaion”, che significa giusto (da “dike” = giustizia).

²⁸⁸ P. Piovanì, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Liguori Editore, 2000 (1° ed. 1961), p. 15, ritiene che l'ambiguità del termine non sia “vincibile grazie ad una convenuta chiarezza di definizione, che con illuminata buona volontà enciclopedistica, o con ingenuità enciclopedica, cerchi di ridurre ad unità, in un'abbreviata deformazione, la varietà di significati” perché questa è la testimonianza “della pluralità delle posizioni assunte dall'idea del diritto naturale in situazioni morali diverse”.

²⁸⁹ N. Bobbio, *op. cit.*, 1996, p. 136.

per cui “l’attività interpretativa non è un’operazione meccanica, che porti in ogni caso a risultati sicuri, ma è condizionata da valutazioni pregiuridiche, le quali sfuggono ad ogni predeterminazione legislativa”²⁹⁰. La regola applicata per dirimere la controversia è il portato delle implicazioni personali, culturali e politiche del giudice, considerate non solo ineliminabili, ma anche necessarie per il perseguimento del diritto ideale.

È di tutta evidenza la discrasia tra le due scuole di pensiero, che si distinguono anche per la posizione assunta dal giudice nella relazione con gli altri poteri dello Stato. Se la giurisdizione ha un approccio *valutativo* allo studio del diritto, che quindi non è affatto scienza, essa partecipa all’evoluzione dell’ordinamento, così come il Legislatore. *Rectius*, poiché è in sede giurisdizionale che la regola prende vita e produce i suoi effetti, per taluni profili finisce con il sostituirlo, a tal punto che si è parlato di *Government by judiciary*²⁹¹. Riflettendo sul ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti, Lambert afferma che “la conquista della supremazia politica da parte del giudiziario si è realizzata soprattutto a spese del potere legislativo e con un’invasione nel campo dello *statute law*”²⁹².

La tradizione di Common Law, certamente più influenzata dal giusnaturalismo rispetto all’Europa continentale, intende il giudiziario come potere *politico*, poiché al magistrato è riconosciuto un enorme *spatium deliberandi* di cui deve rispondere. La scelta dei *justices*, selezionati a seconda delle convinzioni etiche e personali, è uno degli atti fondamentali del Presidente americano, che indirettamente può inaugurare una stagione politica di conservatorismo o di progressismo.

Quali sono le influenze del giusnaturalismo sull’ordinamento costituzionale italiano? Certamente ne è espressione l’art. 2, che “*ricosce* i diritti inviolabili dell’uomo” e non li attribuisce; a livello di ordine giudiziario, invece, emerge poco o nulla, perché, come già detto, l’idea dominante è quella del positivismo giuridico.

Tuttavia, è interessante riflettere sul ruolo della Corte costituzionale, segnatamente sulla sua composizione. L’art. 135 Cost., che attribuisce il potere di elezione di un terzo dei suoi membri rispettivamente a Presidente della Repubblica, Parlamento e magistrature superiori, cerca di conciliare due esigenze: da un lato, il collegamento con il circuito democratico,

²⁹⁰ A. Catelani, *Giusnaturalismo e principio di legalità nello Stato di diritto*, in M. Bianca – A. Catelani (a cura di) *Giusnaturalismo e diritti inviolabili dell’uomo*, Lavori in corso – Work in progress, 2009, p. 12.

²⁹¹ L’espressione è il titolo dello scritto L.B. Boudin, *Government by judiciary*, in *Political Science Quarterly*, 1911, vol. 26, n. 2, pp. 238-270.

²⁹² E. Lambert, *Il governo dei giudici*, Giuffrè, 1996, p. 14. Nonostante l’espressione “il governo dei giudici” risalga a Boudin, come affermato nell’incipit dallo stesso Lambert, tuttavia è quest’ultimo ad averla resa universalmente celebre.

attraverso il legislativo, dall'altro, l'imparzialità propria di una corte, garantita dal nesso con il giudiziario²⁹³; infine, il Capo dello Stato assume un ruolo di garanzia, da rappresentante dell'unità nazionale sancita in Costituzione²⁹⁴. Da quanto detto si deduce che il Giudice delle leggi è stato disegnato come un soggetto "misto", così da avere "le capacità necessarie per affrontare compiti che impongono al tempo stesso preparazione tecnica e sensibilità politica"²⁹⁵. Dunque, il dato da cogliere per le nostre successive riflessioni, è che la Corte costituzionale è stata concepita come un giudice *sui generis* fin dall'Assemblea costituente, che colse nel giudizio di costituzionalità la sede di un conflitto tra organi costituzionali. Ciononostante, non vi è dubbio che l'influenza del positivismo giuridico sulla tradizione italiana sia di gran lunga prevalente sul diritto naturale.

1.4.) *La positivizzazione dei diritti*

La dicotomia giuspotivismo-giusnaturalismo è stata in parte posta in crisi dall'avvento dello Stato costituzionale, che rappresenta un "mutamento genetico" del diritto, perché i diritti vengono "positivizzati" in un atto normativo, sovraordinato alla legge²⁹⁶. A ben vedere, entrambe le scuole di pensiero hanno inciso, perché i diritti prevalgono sulla legge (concezione giusnaturalista), ma al contempo in quanto positivamente disposti da una fonte del diritto (concezione giuspositivista). A prescindere dalla tesi a cui si aderisce, le conseguenze sulla relazione individuo-autorità sono rivoluzionarie: "libertà del singolo in linea di principio, potere dello Stato limitato in linea di principio"²⁹⁷.

Dal dopoguerra in poi, nei Paesi occidentali è stata inaugurata l'"età dei diritti"²⁹⁸, per cui la protezione della persona è diventata la norma fondamentale dell'ordinamento, il parametro di validità della regola²⁹⁹. Siamo ben distanti dalla concezione dello Stato etico hegeliano e

²⁹³ A. Pizzorusso, *Art. 135*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975, p. 147. L'autore ritiene infondata la tesi per cui il potere di elezione corrisponda al principio di divisione dei poteri, poiché si fa riferimento al Presidente della Repubblica, non al Governo.

²⁹⁴ G. D'Orazio, *Aspetti dello status di giudice costituzionale*, Giuffrè, 1966, p. 160. In questa prospettiva il Parlamento garantisce alla Corte, in via indiretta, la rappresentanza della Nazione e le magistrature superiori trasmettono il valore della soggezione unicamente alla legge.

²⁹⁵ A. Pizzorusso, *op. cit.*, 1975, p. 147.

²⁹⁶ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 39. "La novità che (il mutamento genetico) contiene è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto del diritto, stabilito dalla Costituzione".

²⁹⁷ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, 1984 (1° ed. 1928), p. 173.

²⁹⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014 (1° ed. 1990).

²⁹⁹ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, 2008, p. 5. L'autore definisce i diritti umani come "nuovo codice dell'umanità", perché le carte internazionali, *in primis* la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, individuano i diritti, così da permettere anche l'accertamento delle loro violazioni. Non è più necessario fare riferimento al diritto naturale per sanzionare genocidi e crimini contro l'umanità.

dal formalismo giuridico, accusati di aver spalancato le porte al totalitarismo negli anni precedenti, perché si afferma la distinzione tra diritti e legge³⁰⁰. Mentre quest'ultima esprime il sentire politico dei gruppi di maggioranza e minoranza, la Costituzione e i valori ivi sanciti assumono una dimensione autonoma e, soprattutto, superiore, che “pongono l'individuo non come oggetto del dominio politico, ma come fine di esso”³⁰¹.

Il passaggio dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti è stata definita come una “rivoluzione copernicana”³⁰², perché guardando a ritroso il corso degli eventi, il *princeps* è quasi sempre stato *legibus solutus* e il cittadino in uno stato di soggezione; oggi il paradigma si è capovolto, il Legislatore è soggetto alle libertà. La tesi dominante è che i consociati siano titolari di “diritti morali” *contro* lo Stato, tanto che l'oggetto del dibattito non è più l'esistenza del conflitto, ma a quali conseguenze questo conduce³⁰³. In altri termini, se è pacifico che la cintura protettiva del singolo non possa essere violata oltre una certa misura e per specifiche ragioni, il problema emerge nel momento in cui è asserito il contrasto tra la legge, manifestazione della volontà del Parlamento, e la Costituzione³⁰⁴.

È in questo solco che si inserisce la Corte costituzionale, deputata a esprimersi “*sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni*”³⁰⁵. Il controllo di legittimità, insieme al carattere rigido della Costituzione, costituisce uno degli elementi imprescindibili delle democrazie liberali, perché rappresenta lo strumento per salvaguardare la superiorità dei diritti sulla legge³⁰⁶. Fin dal celeberrimo caso *Marbury v. Madison*³⁰⁷, la Corte Suprema degli USA ha parlato di “*higher law*”, perché, se così non fosse, il potere politico sarebbe illimitato e le minoranze

³⁰⁰ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 63.

³⁰¹ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, 2017, p. 15. “Nel nuovo paradigma, l'organizzazione politica ha come proprio fondamento e legittimazione la tutela dei diritti fondamentali degli individui”.

³⁰² N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in Id., *Teoria generale della politica*, (a cura di) M. Bovero, Einaudi, 1999, p. 432.

³⁰³ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 2010 (1° ed. 1977), p. 269.

³⁰⁴ R. Dworkin, *op. cit.*, 2010, p. 271. “Anche se il Sistema costituzionale aggiunge qualcosa alla tutela dei diritti morali contro lo Stato, esso risulta insufficiente per garantire questi diritti e per stabilire quali essi siano. Ciò significa che, in qualche occasione, un organo dello Stato diverso dal parlamento ha l'ultima parola su tali questioni: cosa che difficilmente soddisferà chi pensa che tale organo sia profondamente in torto”.

³⁰⁵ Art. 134 Cost.

³⁰⁶ V. Onida, *La Costituzione*, il Mulino, 1995, pp. 107 ss. Sebbene la prospettiva in esame sia condivisibile, tuttavia non può dirsi sempre vera; infatti, l'Inghilterra, priva di una Costituzione formale, è la culla delle democrazie costituzionali. Verrebbe da dire che lo spirito politico della cultura dei diritti è il vero fondamento delle democrazie liberali.

³⁰⁷ US Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

prive di adeguate garanzie³⁰⁸. In estrema sintesi, si afferma l'idea che gli atti del Parlamento debbano essere soggetti al controllo del giudice³⁰⁹.

Posto che nell'attuale epoca giuridica la persona è al centro del mondo e che i diritti sono separati dalla legge, quali sono le conseguenze di questa idea del diritto sulla posizione del giudice, segnatamente quello costituzionale? È mero esecutore della *littera legis*, che sancisce i diritti, o partecipa attivamente alla loro tutela? Nella prospettiva assunta da Zagrebelsky, che ben rappresenta lo spirito odierno della Corte costituzionale, “c'è oggi certamente una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto, sconosciuta negli ordinamenti dello Stato di diritto legislativo. [...] Tra Stato costituzionale e qualunque padrone del diritto c'è una radicale incompatibilità”³¹⁰. L'idea è che il Giudice delle leggi non sia affatto *bouche de la loi*, perché la Costituzione afferma principi morali che impongono una lettura morale³¹¹. Quel che ne deriva allora è una dimensione “chiaramente politica”, invero discutere di uguaglianza, libertà e dignità umana significa trattare valori che sono, ancor prima che giuridici, politici e culturali³¹².

Quanto poc'anzi detto sul ruolo del giudice costituzionale non è affatto pacifico in dottrina, anzi; nella concezione kelseniana, che ha influenzato i successivi sviluppi europei, la pronuncia di costituzionalità è in capo ad un organo che non si confronta con valori e principi, perché questi competono alle Istituzioni rappresentative, non ad un giudice³¹³. Al contrario, Schmitt riteneva opportuno affidare un ruolo di tale rilevanza ad un soggetto pienamente politico, che godesse della legittimazione necessaria per adempiere alle funzioni³¹⁴. Quale

³⁰⁸ M. D'Amico – F. Biondi, *Art. 134*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, 2006, vol. 3, p. 2564. Illustrando il ragionamento del giudice Marshall, si dice che: “o la Costituzione è la legge suprema, immodificabile con gli ordinari mezzi di produzione legislativa, e quindi la legge contraria alla Costituzione non è tale (*void ab initio*); oppure la Costituzione si trova sullo stesso piano delle leggi ordinarie, modificabili da qualunque maggioranza politica”.

³⁰⁹ La decisione della Corte Suprema ha suscitato un notevole dibattito tra i costituzionalisti, divisi tra chi sostiene il carattere giusnaturalista della decisione e chi invece quello giuspositivista. Nel primo senso v. A. Pizzorusso, *Art. 135*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975, p. 133; *contra* M. Luciani, *op. cit.*, 2006, pp. 1944 ss.

³¹⁰ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 213. Il diritto mite costituisce probabilmente lo scritto che più di ogni altro rappresenta l'odierna epoca giuridica e il modo in cui la Corte costituzionale approccia all'interpretazione della Costituzione.

³¹¹ R. Dworkin, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in Id., *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, 2008, p. 81 ss.

³¹² G. Pino, *op. cit.*, 2017, pp. 207 e 208. L'autore ritiene che il carattere politico della Corte costituzionale derivi dall'oggetto delle sue pronunce: gli interessi fondamentali della *polis*.

³¹³ La tesi è sostenuta in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1981 (1° ed. 1928), pp. 143 ss. Per un'analisi critica della dottrina kelseniana oggi v. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale scientifica, 2014 (1° ed. 1984), pp. 1-67.

³¹⁴ C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, 1981 (1° ed. 1929), pp. 229 ss. Sul concetto di Costituzione in Schmitt v. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, 1998 (1° ed. 1940), pp. 42 ss.; v. anche

soluzione ha prevalso? È corretto affermare entrambe, perché, come già visto nel paragrafo precedente circa la composizione, la Corte costituzionale italiana ha una natura ibrida, a metà tra il politico e il giurisdizionale.

È bene però fissare un punto cruciale per le successive riflessioni: la Corte costituzionale italiana non ha lo stesso ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti³¹⁵. Mentre a quest'ultima è espressamente riconosciuta una funzione evolutiva del diritto, lo stesso non può dirsi del Giudice delle leggi italiano, la cui collocazione sul piano costituzionale è ispirata a una diversa tradizione giuridica³¹⁶. Piuttosto che di soggetto politico, è più opportuno parlare di Corte *in-politica*, che assume decisioni rilevanti sugli interessi della *polis*, senza tuttavia muovere da prospettive di parte³¹⁷. In sintesi, se il partito è *parte totale*³¹⁸, perché cura gli interessi dell'intera collettività secondo una specifica visione, la Corte costituzionale è solo *totale*.

Dopo aver definito il ruolo assunto dalla giurisdizione costituzionale, dobbiamo ora interrogarci sui metodi interpretativi. Si è visto che nella concezione del positivismo giuridico, che crede nel solo diritto positivo, l'interprete è *apolitico*, perché si limita a giudizi di fatto; al contrario, nella prospettiva giusnaturalista l'unico *ius* è quello naturale e, di conseguenza, l'esegesi è attività *politica*, perché ispirata a giudizi di valore.

Ciò da cui tutto dipende è l'idea del diritto, della legge, della sentenza³¹⁹: il modo in cui il giudice approccia allo studio della norma, valutativo o avalutativo, è stretto corollario del ruolo riconosciuto dall'ordinamento. Vi è una triade indissolubile: idea del diritto – posizione del giudice nell'ordinamento – metodi interpretativi. Pertanto, una volta sancito il carattere polimorfo della giustizia costituzionale, che deriva da una nuova concezione dei diritti, occorre verificare quali siano le tecniche di interpretazione dominanti, così da

P. Schiera, *Dalla Costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, in *La politica oltre lo Stato*, (a cura di) G. Duso, Arsenale cooperativa editrice, 1981.

³¹⁵ La tesi è accuratamente illustrata da G. Zagrebelsky, *La giurisdizione costituzionale*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) G. Amato – A. Barbera, il Mulino, 1984, pp. 762 ss. L'autore giustamente pone in rilievo che la dottrina kelseniana ha ispirato la Corte costituzionale italiana, che non può essere qualificata alla stregua di un soggetto politico come il Parlamento.

³¹⁶ Sul tema v. L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, 2015; A. Pierini, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. Toniatti – M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali: dinamiche e confronti europei e comparati*, Cedam, 2011, 61 ss.

³¹⁷ G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009, pp. 303 ss.

³¹⁸ La celebre definizione è di C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949, p. 5.

³¹⁹ L'influenza delle teorie giuridiche e delle idee sulla pratica del diritto è stata posta in rilievo da M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Angeli, 1982; Id., *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre- e post- costituzionale*, in *La necessaria discontinuità. Immagini di diritto pubblico*, il Mulino, 1990.

accertare se sia preservata quella coerenza interna cruciale per il corretto funzionamento di un organo costituzionale.

2. Il bilanciamento

2.1.) *La Costituzione per principi*

Il punto di partenza per analizzare le tecniche interpretative della Costituzione è definire come essa sia scritta. È ormai un punto acquisito nell'esperienza costituzionale italiana che la Carta fondamentale sancisce dei principi, come l'inviolabilità della libertà personale o la pari dignità, che soffrono un *deficit* ineliminabile di determinatezza³²⁰. Come già notato nelle prime pagine di questo scritto³²¹, la libertà di domicilio è un macro-diritto che implica una pluralità di situazioni giuridiche soggettive; in talune circostanze è in rilievo lo *ius excludendi alios*, in altre la strumentalità all'esercizio del diritto di riunione.

Se si intendono in questo modo le norme costituzionali, ne deriva un'importante conseguenza: “un diritto fondamentale, in quanto attribuito da un principio, sarà in primo luogo un diritto caratterizzato da un notevole grado di indeterminatezza e genericità”³²², dunque non sempre applicabile meccanicamente nella misura del “tutto o niente” propria di una regola³²³. Il principio è “privo di fattispecie”, che invece caratterizzano le regole, e dunque per sua stessa natura illimitato, perché non possono essere predeterminati i casi della realtà in cui verrà in rilievo³²⁴. A titolo di esempio, nessuno avrebbe potuto immaginare che un eccessivo numero di persone sul luogo di lavoro coinvolgesse il diritto alla salute a causa di una pandemia.

³²⁰ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 2009, p. 131. “Gli stessi diritti fondamentali sono per lo più enunciati attraverso norme di principio”; Id, *op. cit.*, 1992, pp. 147 ss.; S. Bartole, *L'inevitabile elasticità delle Costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente ed utopia dei valori*, in AA. VV., *Il metodo della scienza del diritto costituzionale. Atti del convegno di Messina del 23 febbraio 1996*, Cedam, pp. 22 e 23; G.U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, 2015 p. 29.

³²¹ v. par. 1.3.), cap. II.

³²² G. Pino, *op. cit.*, 2017, p. 124.

³²³ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 172.

³²⁴ G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 223. “Le norme di principio sono *prive di fattispecie*, sia astratta che concreta. Attraverso l'indicazione della fattispecie astratta, nelle regole, è stabilito in anticipo quando deve trovare applicazione, e, per converso quando non deve. Per i principi non è così: il loro raggio d'azione è illimitato; essi entrano in tutte le circostanze, *a priori* indefinibili, in cui si ritengono implicati i beni o i mali cui essi si riferiscono”.

I diritti sono senza confini non solo perché espressi in forma di principi, ma anche per una scelta valoriale dell'idea di diritto oggi dominante³²⁵. Il riconoscimento delle libertà individuali è il paradigma di quest'epoca, che si può sintetizzare nell'espressione "il diritto di avere diritti"³²⁶. L'interprete, mosso dall'idea che la protezione della persona sia il fine ultimo della propria attività, estende la Costituzione ad ogni rapporto sociale, così da garantire la più ampia tutela ai diritti fondamentali³²⁷. La Corte costituzionale italiana ha accolto questa prospettiva affermando il c.d. principio di costituzionalità, "*secondo cui il controllo (di legittimità) deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico*"³²⁸.

Il dato esaminato è cruciale per comprendere che i diritti fondamentali, essendo senza confini, inevitabilmente contrastano fra loro: il bilanciamento è la loro tecnica di composizione³²⁹. "*La Costituzione italiana, come le altre Convenzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*"³³⁰. Come osservato nei precedenti capitoli, il diritto alla vita nello spazio digitale confligge con la funzione di difesa sociale, perché il cittadino intende proteggere i propri interessi attraverso la crittografia, ma gli organi requirenti vorrebbero aggirarla per verificare se è stato commesso un reato. Due valori entrambi di rango costituzionale cozzano fra loro e devono essere ponderati.

L'inedito ruolo dell'interprete consiste nel trovarsi innanzi a due norme, entrambe valide e rilevanti, e dover decidere quale delle due debba prevalere nel caso di specie, prestando però attenzione a non sacrificare eccessivamente l'interesse cedevole³³¹. In questo contesto nessun diritto può dirsi assoluto, perché ogni limitazione è funzionale a permettere l'estensione di

³²⁵ G. Pino, *op. cit.*, 2017, p. 41. L'autore sostiene che la lettura per principi della Costituzione non sia riducibile ad una questione di esegesi, perché "a ben vedere è una *conseguenza* del fatto che gli interpreti adottino una cultura giuridica come quella del costituzionalismo dei diritti".

³²⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 22. "Il diritto di avere diritti connota la dimensione stessa dell'umano e della sua dignità, saldo presidio contro ogni forma di totalitarismo".

³²⁷ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, 2003, Parte generale, p. 18. L'autore sostiene che questo approccio debba essere adottato in forza dell'art. 2 Cost.

³²⁸ Corte cost., sent. n. 387 del 1996.

³²⁹ A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, 2008, Annali II-2, p. 185.

³³⁰ Corte cost., sent. n. 85 del 2013 (Ilva). Nel caso affrontato dalla Corte il bilanciamento aveva ad oggetto interessi assoluti; da un lato, il diritto alla salute, l'unico definito "fondamentale dal testo costituzionale, dall'altro, il diritto al lavoro, espresso già all'art. 1.

³³¹ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & diritto*, 2006, vol. 1, p. 2.

un altro diritto e a giungere ad una decisione che salvaguardi entrambi. L'immagine che meglio di tutte le altre rappresenta questa nuova dimensione è la mitezza³³².

In questo contesto le soluzioni rigide, come presunzioni *iuris et de iure* o automatismi, mal si conciliano con l'esigenza di individuare la decisione giusta, che può essere il frutto solo della valutazione caso per caso³³³. La cultura giuridica dello Stato costituzionale è *sostanzialista*, perché la ricerca della scelta ottimale prevale sul formalismo e i giudizi di valore si accompagnano ai giudizi di fatto³³⁴. L'interprete non si limita a sussumere il caso concreto alla fattispecie generale e astratta e ad applicare le conseguenze ivi previste, "poiché non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso"³³⁵.

Sulla base di quanto esposto, si evince che il giudice costituzionale è in rapporto di prossimità con l'interprete giusnaturalista, quantomeno sotto il profilo dell'approccio allo studio del diritto, perché entrambi ricorrono a giudizi di valore. Infatti, quand'anche si obiettasse che i diritti fondamentali sono positivamente disposti dalla Costituzione, le soluzioni in concreto adottate certamente non lo sono, né è disciplinato il metodo interpretativo, mancando una norma analoga all'art. 12 delle Preleggi. Pertanto, una volta statuito che il bilanciamento è necessario, si è solo individuato il problema, che consiste invece nello stabilire come gli interessi in contrasto debbano essere ponderati³³⁶.

Prima di discutere di ragionevolezza e proporzionalità è opportuno fissare un punto saldo: i canoni del bilanciamento, qualunque essi siano, non possono in alcun caso consentire giudizi *politici*, perché a ciò è ostativo il ruolo riconosciuto alla Corte costituzionale. La traduzione del principio in regola, processo indispensabile per dar vita al diritto fondamentale, deve essere fedele al bene giuridico protetto³³⁷. Se così non fosse, il bilanciamento diventerebbe l'espedito attraverso il quale l'interprete esprime i propri giudizi etici e culturali, che invece competono solo al Parlamento. "In ordinamenti come quello italiano, la decisione sui diritti

³³² G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 11. "Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale)".

³³³ R. Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992, pp. 88-93.

³³⁴ G. Pino, *op. cit.*, 2017, p. 46. È sostanzialista la cultura giuridica "che utilizza tecniche argomentative e strategie decisionali che esaltano i profili relativi alla ricerca della soluzione giusta, adeguata al caso, e in particolare la soluzione che comunque può essere assicurare la maggiore garanzia e attuazione possibile dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali".

³³⁵ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 181.

³³⁶ M. Luciani, *Salute (diritto alla salute-diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, 1991, XXVII, p. 3. "Il problema del diritto costituzionale è oggi l'individuazione di un metodo per il bilanciamento e (se possibile) l'armonizzazione tra valori e diritti fondamentali confliggenti".

³³⁷ G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *op. cit.*, 2012, pp. 227 e 228.

e sui doveri è concepita come una decisione *politica* che non può essere affidata ai giudici. Nello Stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, appunto), i giudici svolgono un'opera essenziale di protezione dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di creazione di quei diritti”³³⁸.

2.2.) Ragionevolezza e proporzionalità

Discutere di ragionevolezza e proporzionalità significa andare al cuore dell'attività della Corte costituzionale, che ricorre a questi canoni in molte delle sue pronunce³³⁹. Basti pensare che già nel 1958 si discuteva di tecniche interpretative e ruolo del giudice costituzionale, lamentando che la Corte sostituisse “i propri criteri di giustizia a quelli del legislatore”³⁴⁰. Definire il contenuto del principio di ragionevolezza non è facile³⁴¹. Esso nasce quale corollario dell'art. 3, co. 1, Cost. e postula l'obbligo di disciplinare in modo eguale fattispecie eguali e in modo diverso fattispecie diverse³⁴². Ogni differenziazione di trattamento deve rispondere a logiche razionali, perché in caso contrario la legge si tradurrebbe in una discriminazione del cittadino. A titolo di esempio, regolare diversamente i diritti dei figli nati all'interno del matrimonio da quelli nati al di fuori è “irragionevole”, perché degrada senza alcun fondamento giustificativo i secondi³⁴³.

La questione diventa più complessa se in bilanciamento vi sono due interessi eterogenei³⁴⁴, come libertà di manifestazione del pensiero e diritto all'immagine o, per tornare all'oggetto della nostra analisi, riservatezza dei dati personali e funzione di difesa sociale. La maggiore difficoltà risiede nel fatto che la Costituzione non dà indicazioni puntuali, lasciando all'interprete il compito di salvaguardare entrambe le posizioni³⁴⁵. In questo caso il canone

³³⁸ M. Luciani, *op. cit.*, 2006, pp. 1644 ss. L'autore giustamente precisa “in ordinamenti come quelli italiani”, cioè quelli di Civil Law, perché diversa prospettiva potrebbe essere assunta nei Paesi anglosassoni. La Corte Suprema statunitense, dato il proprio ruolo dell'ordinamento, ha invece il potere-dovere di partecipare all'evoluzione del diritto anche attraverso decisioni *politiche*.

³³⁹ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, p. 1.

³⁴⁰ C. Esposito, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 605, osservazione a C. cost. 14 luglio 1958, n. 53.

³⁴¹ G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *op. cit.*, 2012, p. 202. Fa riflettere che anche Zagrebelsky, giurista icona dell'*age of balancing*, ammetta che non sia affatto semplice definire il canone in esame.

³⁴² R. Bifulco, *Introduzione ai diritti e ai doveri costituzionali*, in *Trattato di diritto costituzionale*, (a cura di) M. Benvenuti e R. Bifulco, Giappichelli, 2022, vol. III, cap. III, p. 36.

³⁴³ A questo criterio si è ispirata la riforma del diritto di famiglia del 1975.

³⁴⁴ L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, p. 909.

³⁴⁵ Sul tema v. A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1994, p. 6. È bene però precisare che in altri casi il conflitto è stato previsto e regolato dai Costituenti. Ad esempio, l'art. 32, co. 1,

di ragionevolezza acquisisce dimensione autonoma rispetto al testo costituzionale, fungendo da meta-norma per il controllo di legittimità³⁴⁶.

Il quadro, già di per sé controverso, non è aiutato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che sovrappone ragionevolezza, proporzionalità e razionalità senza individuarne i rispettivi confini³⁴⁷. Altre Corti straniere invece, come quella tedesca, opportunamente distinguono i canoni interpretativi, operando un vero e proprio test di costituzionalità, il cui iter logico-giuridico risulta in tal modo limpido e rispettoso del principio di certezza del diritto³⁴⁸. L'autoregolamentazione dei criteri esegetici da parte dei giudici costituzionali è cruciale, perché mancando un unico e sicuro "orizzonte d'attesa"³⁴⁹, la chiarezza del metodo diventa l'unico argine al pericolo di interpretazioni contrarie alla lettera e allo spirito della Carta fondamentale.

Il giudizio del *Bundesverfassungsgericht* si articola in quattro fasi³⁵⁰: 1) accertamento della conformità a Costituzione dello scopo perseguito dal Legislatore; 2) coerenza tra mezzi adottati e finalità che la legge intende raggiungere; 3) osservanza del principio del minor sacrificio degli altri diritti fondamentali in bilanciamento; 4) valutazione di costi e benefici prodotti dalla regola. È auspicabile che anche il nostro Giudice delle leggi adotti una simile impostazione³⁵¹.

È stato ritenuto in dottrina che "ragionevole è il diritto quando si presta a essere sottomesso a quella esigenza di composizione e apertura, quando cioè non è chiuso alla coesistenza pluralistica"³⁵²; si tratta di un'affermazione tanto condivisibile quanto purtroppo generica,

Cost. sancisce che la salute è tutelata "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", ma il co. 2 *a contrario* ci dice che il trattamento sanitario obbligatorio può essere imposto da una norma di legge.

³⁴⁶ Sull'autonomia assunta dal principio nel giudizio di costituzionalità delle leggi v. G. Scaccia, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, 2007, pp. 286-302.

³⁴⁷ v. Corte cost. sent. n. 299 del 2005 e n. 232 del 2011.

³⁴⁸ M. Cartabia, *op. cit.*, 2013, p. 6. "del tutto estraneo all'esperienza italiana è l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze".

³⁴⁹ La formula è di J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo di individuazione del diritto*, ESI, 1983, p. 140. L'autore sottolinea che il carattere generico dei diritti è di per sé ostativo alla puntuale prevedibilità della decisione, possibile solo per le regole.

³⁵⁰ La spiegazione è fornita da R. Bifulco, *op. cit.*, 2022, p. 36.

³⁵¹ La tesi è sostenuta da S. Bartole, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA. VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Atti del convegno in memoria di Livio Paladin, Cedam, 2001.

³⁵² G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1992, p. 204. "Ragionevole – continua l'autore – è la categorizzazione dei fatti che tiene conto di tutti i principi che essi mettono in movimento; ragionevole è la regola, individuata entro le condizioni costringenti del diritto come ordinamento, che risponde alle esigenze del caso. Nella ricerca di questa complessiva ragionevolezza consiste l'opera di unificazione del diritto che è data come compito alla giurisprudenza".

ben difficile da applicare in un caso giudiziario. Data l'impossibilità di una definizione positiva vi sono stati tentativi qualificatori in negativo, sostenendo che la ragionevolezza non sia un "sillogismo giudiziale" o un "puntuale contrasto fra enunciati di grado diverso"³⁵³. Insomma, ci troviamo innanzi ad un concetto con evidenti *deficit* di determinatezza, a tal punto che ne è stata addirittura messa in discussione l'esistenza³⁵⁴. D'altronde, a ben vedere, il diritto ragionevole non è altro che il diritto ideale proprio del giusnaturalismo, la cui definizione nessuno è mai riuscito a dare in senso compiuto.

Da quanto detto si deduce che il principio in esame, essendo appunto un principio e non una regola, è incompatibile con la determinazione univoca del suo significato, che si presta a diverse declinazioni a seconda del caso³⁵⁵. Si può allora concludere che l'interpretazione per principi e il bilanciamento dei diritti fondamentali attraverso un canone così generico aprono a notevoli margini di discrezionalità del giudice e depotenziano la letteralità della Costituzione³⁵⁶. Il pericolo di derive *politiche* della Corte è massimo; *rectius*, si è già verificato in una vicenda assai nota.

2.3.) 1992. *La Corte si fece Legislatore*

L'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale nel 1989 non fu accolta, per usare un eufemismo, con fervido entusiasmo dai magistrati, specie dai ranghi dei pubblici ministeri, che mal tollerarono il riequilibrio dei rapporti tra accusa e difesa e l'esclusione di rilevanza probatoria agli atti di indagine³⁵⁷. La riforma, figlia di un lungo dibattito risalente già a Carnelutti e alla sua "inchiesta preliminare di parte"³⁵⁸, aveva un carattere fortemente politico, perché rappresentava l'abbandono del codice maturato in epoca fascista e l'accoglimento del nuovo archetipo dell'Italia repubblicana. Dalla prospettiva inquisitoria (o

³⁵³ In questi termini rispettivamente R. Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 549, e A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1994, p. 200.

³⁵⁴ L. Paladin, *op. cit.*, 1997, pp. 910 e 911. "Nessuno degli argini che i costituzionalisti e la stessa Corte costituzionale intendevano erigere, è riuscito a contenere pienamente l'impeto dei numerosissimi e svariati ai canoni della ragionevolezza, impedendo che si formasse una giurisprudenza di stampo prettamente casistico".

³⁵⁵ Per le diverse declinazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale v. L. Paladin, *op. cit.*, 1997, pp. 909 ss.

³⁵⁶ G. Scaccia, *op. cit.*, 2007, pp. 286 ss.; Id, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, p. 4.

³⁵⁷ D. Negri, *Modelli e concezioni*, in *Fondamenti di procedura penale*, A. Camon – C. Cesari – M. Daniele – L. Di Bitonto – D. Negri – P.P. Paulesu, 2020, 2° ed., p. 46.

³⁵⁸ Per un approfondimento sull'idea di riforma v. F. Carnelutti, *Discussione*, in *Primi problemi della riforma del processo penale*, (a cura di) G. De Luca, Sansoni, 1962, p. 59.

più correttamente mista), fondata sulla supremazia dell'autorità, a quella accusatoria, che innanzi il contraddittorio a cardine del sistema³⁵⁹. Dietro la forma giuridica della legge vi era una precisa concezione valoriale, perché libertà e presunzione di innocenza diventavano i beni supremi da garantire³⁶⁰.

Tuttavia, l'ideale accusatorio durò lo spazio di un mattino, perché nel 1992 tre sentenze della Corte costituzionale abbattono il muro tra indagini preliminari e dibattimento, permettendo agli atti del Pubblico Ministero, cacciati dalla porta, di rientrare dalla finestra. La prima pronuncia del 31 gennaio colpì il divieto di testimonianza indiretta degli operatori di polizia giudiziaria, definito come un'eccezione "*sfornita di ragionevole giustificazione*"³⁶¹. La seconda sentenza del giugno dello stesso anno caducò l'art. 513, co. 2, c.p.p., in materia di lettura di dichiarazioni rese da imputati, a causa della "*palese irragionevolezza della norma*"³⁶². Infine, intercorse la pronuncia n. 255 che sancì l'illegittimità dei co. 3 e 4 dell'art. 500 c.p.p., in tema di contestazioni alle dichiarazioni testimoniali, perché portatori di "*intrinseca irragionevolezza*"³⁶³.

Il Giudice delle leggi motivò le declaratorie di incostituzionalità sulla base del principio di non dispersione dei mezzi di prova, nonché sull'argomentazione per cui "*fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità*"³⁶⁴.

A trent'anni di distanza, è doveroso affermare che quelle decisioni furono un'adesione ideologica e preconstituita ad una certa visione della giustizia penale, che pone l'interesse alla repressione dei reati al vertice della piramide valoriale, rilegando ogni forma e limitazione a impedimento³⁶⁵. Il perseguimento della verità materiale, principio fondativo del modello inquisitorio, spazzò via le regole di esclusione probatoria, che il Parlamento aveva scelto per dar vita ad un nuovo rapporto tra individuo e autorità³⁶⁶.

La vicenda che ebbe ad oggetto il codice di procedura penale accusatorio, più di ogni altra, dimostra i pericoli intrinseci ad un principio così generico come quello di ragionevolezza.

³⁵⁹ G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, 1988, I, p.2.

³⁶⁰ Il carattere politico degli interessi in esame è colto già da F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, il Mulino, 2010 (1° ed. 1787), pp. 41 ss.

³⁶¹ Corte cost., sent. n. 24 del 1992.

³⁶² Corte cost., sent. n. 254 del 1992.

³⁶³ Corte cost., sent. n. 255 del 1992.

³⁶⁴ Corte cost., sent. n. 255 del 1992.

³⁶⁵ D. Negri, *op. cit.*, 2020, p. 47. "Si intendeva così ribadire l'adesione ad una istanza *tutt'altro che universale*, al di là della falsa retorica, ma ben piantata nella concezione autoritaria dell'accertamento penale, che mal sopporta ogni ostacolo verso la meta della repressione della criminalità posto a salvaguardia dei diritti dell'individuo presunto innocente" (corsivo di chi scrive).

³⁶⁶ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2009, p. 17.

Dietro la formale proclamazione di irrazionalità di quelle norme si nascondevano in realtà giudizi politici, ispirati da una prospettiva di parte che non può competere ad una Corte di Civil Law.

È irragionevole escludere efficacia probatoria agli atti investigativi, perché ritenuti inattendibili? Dipende, per un pubblico ministero certamente sì, perché vorrebbe esercitare maggiori poteri; certamente no nella prospettiva dell'imputato, la cui libertà dipende dall'esercizio del contraddittorio sulla formazione della prova. Il caso formulato è un chiaro *exemplum* della malleabilità del canone di ragionevolezza, che può facilmente essere distorto per sostenere le tesi più disparate.

Inoltre, la mancanza di qualsivoglia riferimento alla lettera della Costituzione produce l'effetto di attribuire alla Corte costituzionale il potere di creare principi in modo arbitrario, specialmente quando la materia del contendere ha un elevato tasso etico e politico, come la procedura penale. Nella vicenda in esame non vi era alcuna norma della Carta fondamentale da cui poter ricavare i principi di non dispersione dei mezzi di prova e del perseguimento della verità materiale³⁶⁷, perché l'Assemblea costituente non si occupò di modelli processuali, lasciando al Legislatore le decisioni in materia³⁶⁸.

Il lettore dedurrà allora che discutere di bilanciamento tra riservatezza dei dati personali e nuovi mezzi di ricerca della prova sulla base del solo canone di ragionevolezza rischi di essere un'operazione sterile, perché risulterebbe agevole difendere tesi profondamente diverse fra loro. Ad esempio, è ragionevole ricorrere alla *data retention* per tutte le fattispecie criminose? Si potrebbe argomentare che il cittadino non ha nulla da temere, perché i dati sono in possesso dell'Autorità giudiziaria, che ha diritto a sfruttare le nuove forme tecnologiche; viceversa, si può sostenere che l'invasività dell'atto giustifichi significative limitazioni al suo utilizzo. La risposta al quesito poc'anzi posto, se impostato in questi termini, dipende da prospettive ideologiche extra-costituzionali che (è bene ribadirlo ancora una volta) competono forse alla Corte Suprema americana, certamente non alla Corte costituzionale.

³⁶⁷ D. Negri, *op. cit.*, 2020, p. 47. "La mascheratura delle vecchie inclinazioni prese vita nelle spoglie d'un principio che la Corte finse di dedurre dal sistema processuale vigente, mentre lo stava coniano essa stessa con i materiali ideologici scartati dal Legislatore della riforma: quello di non dispersione dei mezzi della prova, innalzato al medesimo livello del canone dell'oralità nella ricostruzione giudiziale del fatto".

³⁶⁸ Sul punto, nonché sulle differenze tra modello inquisitorio e accusatorio, v. P. Tonini, *Procedura Penale*, Giuffrè, 2020 (21° ed.), pp. 11 ss.

3. La lettera della Costituzione

3.1.) *Pregi e difetti dell'interpretazione per regole*

La relazione tra libertà e funzione di difesa sociale, così come quella tra dati personali e nuovi mezzi di ricerca della prova, non può essere declinata esclusivamente secondo il canone di ragionevolezza, eccessivamente fluido per un'adeguata protezione di interessi così rilevanti per la vita del cittadino: la ricerca delle garanzie deve avvenire nella lettera della Costituzione.

L'esigenza di ripristinare l'interpretazione testuale è stata manifestata da molti, timorosi dell'eccessiva incertezza del bilanciamento e della libertà delle motivazioni³⁶⁹. Le notevoli dosi di soggettivismo attribuite al Giudice delle leggi corrono il pericolo di trasformarsi in arbitrio dell'esegesi, così da indebolire la cintura protettiva dell'individuo, piuttosto che rinforzarla³⁷⁰. Si potrebbe sintetizzare lo spirito di questa corrente del costituzionalismo nel tentativo "di ritrovare e di riaffermare la propria identità originaria di teoria giuridica dei limiti del potere politico"³⁷¹.

I sostenitori dell'interpretazione letterale ritengono che la lettura della Costituzione debba avvenire non per principi, come visto nei precedenti paragrafi, ma per regole. Secondo questa prospettiva, si deve definire il campo applicativo della fattispecie, esplicitarne le conseguenze giuridiche e restringere la genericità dei principi³⁷². Il pregio di questo metodo è garantire *the rule of law* e i diritti fondamentali, dotati così di uno spazio ben determinato, non comprimibile dal giudice secondo le circostanze del caso concreto³⁷³.

³⁶⁹ A.A. Cervati, *Il diritto costituzionale italiano, tra miti, contraddizioni, dogmi e tentativi di riforma*, in *Rivoluzione fra mito e costituzione. Diritto, società e istituzioni nella modernità europea*, (a cura di) G. Allegri – A. Longo, Sapienza University Press, 2018, pp. 141-166.

³⁷⁰ Sul punto v. A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 657; M. Dogliani, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 537 ss.; A. D'Atena, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3065 ss.

³⁷¹ A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 900; v. anche Id., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, vol. 1, p. 60: "il costituzionalismo si caratterizza finalisticamente per la doverosa tutela dei fondamentali diritti dell'uomo contro i possibili arbitri dei detentori di potere, pubblico o privato".

³⁷² Per un'analisi compiuta di questo metodo v. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, vol. 3, pp. 2809-2811; Id, *Il costituzionalismo dei diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Laterza, 2013; A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 1989, vol. 56, pp. 1178-1188.

³⁷³ G. Pino, *op. cit.*, 2017, p. 154. L'autore esamina i principi dell'interpretazione per regole dalla Costituzione con prospettiva critica, aderendo alla tesi dell'esegesi per principi.

È stato correttamente notato che la Costituzione esprime certamente dei principi, come l’inviolabilità della libertà personale ex art. 13 co. 1, ma allo stesso tempo dispone anche delle regole, di cui ai successivi commi dello stesso art. 13³⁷⁴; non vi è dubbio che queste ultime debbano essere interpretate come tali. Riprendendo alcuni dei temi già discussi, quando un nuovo mezzo di ricerca della prova incide su interessi riconducibili agli artt. 13 e 14, senza che tuttavia nei siano disciplinati i modi e i casi, si deve dichiarare l’incostituzionalità e non è necessario alcun riferimento al bilanciamento o alla ragionevolezza³⁷⁵.

Una delle obiezioni mosse al costituzionalismo per regole è di irrigidire il precetto normativo e impedire l’evoluzione dell’ordinamento costituzionale, rendendo quindi privi di tutela gli interessi che sorgano dalla storia³⁷⁶. In Italia il dibattito ha ad oggetto l’art. 2 Cost., da leggere come clausola aperta o riassuntiva dei diritti sanciti nella Parte I³⁷⁷. È questo un punto di particolare delicatezza, poiché nel capitolo II si è sostenuta la necessità di riconoscere un nuovo diritto fondamentale.

Sul caso in esame è da condividere la prospettiva di coloro che propendono per il carattere aperto della norma. Questa soluzione ermeneutica, a ben vedere, non deriva da una scelta di metodo o ideologica, ma dalla semplice constatazione che l’art. 2 è un principio. Quando è sancito che “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*”, viene espresso un valore, cioè la tutela delle libertà individuali e collettive dal potere dello Stato, che deve sopravvivere nel tempo³⁷⁸. La fluidità del principio non deve essere confusa con la

³⁷⁴ A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, relazione al convegno *Interpretazione costituzionale interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto*, 12 maggio 2005, Roma, La sapienza, p. 5.

³⁷⁵ v. par. 2.5.), cap. III.

³⁷⁶ G. Pino, *Tre concezioni della Costituzione*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, Mimesis edizioni, 2015, vol. 1, pp. 33 ss.

³⁷⁷ Nel primo senso A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, 1975, pp. 50 ss.; *contra* A. Pace, *op. cit.*, 2011, pp. 43 ss.; per una ricostruzione delle diverse tesi sostenute in dottrina v. R. Bifulco, *op. cit.*, 2022, pp. 25 ss.

³⁷⁸ F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, 1995, Giappichelli, p. 4; Id, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della facoltà giuridica dell’università di Camerino*, 2019, vol. 8, p. 60. “Le Costituzioni svolgono un compito o, meglio, un insieme strettamente interconnesso di compiti specifici all’interno dell’ordinamento giuridico statale, ossia: quello di fissare i principi basilari volti a modellare i rapporti politico-sociali; quello di porre le norme fondamentali che valgono a caratterizzare l’identità e la fisionomia di ciascuno Stato, i confini e le attribuzioni dei suoi poteri; quello di individuare il nucleo dei diritti, dei doveri e delle libertà garantiti dall’ordinamento. Questo complesso di compiti richiede alla costituzione di individuare elementi non immanenti e contingenti, ma capaci di durare nel tempo, alla prova dell’evoluzione storica e sociale, politica ed economica. Si tratta di vocazione a durare che assume una sicura specificità nella Carta costituzionale poiché, mentre ogni altra fonte normativa si rivolge – normalmente – a fattispecie future generali ed astratte, solo la Costituzione lega la persistenza della propria vigenza all’esistenza dell’ordinamento giuridico cui appartiene, tanto da potersi a dirittura configurare come identica a quest’ultimo, quale *ordo ordinans*”.

sua indeterminatezza, perché comunque la lettera costituzionale permette di giungere a precisi significati su un concetto aperto³⁷⁹. Pertanto, a giudizio di chi scrive, il testo non è ostativo a evoluzioni interpretative, ma piuttosto garantisce la correttezza del processo ermeneutico; invero, si è concluso per la rilevanza costituzionale dei sistemi informatici, dopo aver scomposto in modo analitico l'art. 14 Cost. e successivamente effettuato una comparazione tra spazio fisico e spazio digitale³⁸⁰. Come vedremo fra poco, l'interpretazione per principi non è *tout court* incompatibile con la *littera legis*.

Coloro che aderiscono al costituzionalismo dei diritti contestano al metodo esegetico in esame di non escludere i giudizi di valore, bensì di nasconderli³⁸¹. Ad esempio, quando la Corte Suprema degli Stati Uniti individua a quali condizioni il *free speech* cede di fronte ad altri interessi, non si limita ad una mera individuazione della regola, perché a monte bilancia i diritti fondamentali contrapposti³⁸²; la traduzione del principio in un precetto normativo univoco è un'attività che non esclude con certezza i giudizi di valore. Su questa tesi converge anche Scalia, tra i più importanti sostenitori dell'interpretazione per regole: "It is, of course, *possible* to establish general rules, no matter what theory of interpretation or construction one employs [...] But when one does not have a solid textual anchor or an established social norm from which to derive the general rule, its pronouncement appears uncomfortably like legislation"³⁸³. In altri termini, non è la ricerca della regola in sé a fungere da scudo contro le interpretazioni creative, ma il *modo* attraverso il quale ciò avviene.

Da queste brevi riflessioni si può dedurre che tanto l'interpretazione per regole, quanto quella per principi, espongono il testo allo *spatium deliberandi* del giudice, che si potrebbe definire come un vero e proprio corollario delle Costituzioni moderne, scritte attraverso clausole generali e principi³⁸⁴. Se anche il bilanciamento, in fin dei conti, si traduce nella

³⁷⁹ G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *op. cit.*, 2012, pp. 224 e 225. Gli autori, aderendo all'interpretazione per principi, contestano la tesi per cui il significato ricavato dalla norma sia il frutto di un processo arbitrario.

³⁸⁰ v. par. 4.), cap. II.

³⁸¹ G. Pino, *op. cit.*, 2017, p. 154. "Le limitazioni apportate in via definitiva non sono nient'altro che l'esito di altrettanti giudizi di bilanciamento tra i diritti, principi e interessi rilevanti, che così vengono condotti in maniera affatto occulta".

³⁸² Per un approfondimento sulle decisioni della Corte nordamericana sul punto v. T.L. Tedford – D.A. Herbeck, *Freedom of Speech in the United States*, Strata Publishing, 2017 (8° ed.).

³⁸³ A. Scalia, *op. cit.*, 1989, p. 1185. Secondo l'autore solo un approccio *originalista* di ricostruzione della volontà dei Padri fondatori è idoneo a limitare la discrezionalità dell'interprete. Su questo tema v. A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1998; Id – B.A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West Publishing Company, College & School Division, 2012.

³⁸⁴ F. Modugno, *op. cit.*, 2019, p. 59. L'autore ritiene che siffatto metodo di redazione delle Carte fondamentali sia dovuto all'esigenza di esprimere i valori fondanti della comunità, intrinsecamente incompatibili con la puntualità delle regole.

determinazione di un “ordine di precedenza”³⁸⁵, la differenza tra i due metodi risiede solo nel momento in cui si giunge alla regola: mentre la Corte Suprema americana individua *ab origine* la soluzione del conflitto, la Corte costituzionale italiana procede secondo un criterio casistico³⁸⁶.

In conclusione, la risposta al quesito con cui si è aperto questo capitolo, il rapporto tra diritti fondamentali e funzione di difesa sociale in Costituzione, non dipende tanto da un’esegesi per regole o per principi, bensì da *come* si individuano le regole o da *come* si bilanciano i principi. È in questa prospettiva che si deve ripristinare la lettera, così da garantire che le decisioni dei giudici siano coerenti con lo spirito politico dell’Assemblea costituente.

3.2.) *Il favor libertatis*

L’esistenza di conflitti tra diritti fondamentali non regolati dalla Costituzione, dato empiricamente incontestabile, non può tradursi nell’assenza di riferimenti alla *littera legis*, perché le disposizioni costituzionali sono espressione di precise scelte politiche: “la stessa norma giuridica, in fin dei conti, non è altro che una norma di strutturazione o gerarchizzazione tra valori”³⁸⁷. L’interprete, dunque, deve scoprire la gerarchia di interessi presente nell’ordinamento costituzionale, affatto silente in proposito, e bilanciare alla luce del “peso” dato dalla lettera del testo³⁸⁸. Il bilanciamento, già nella sua radice etimologica, rinvia all’idea della “pesatura” e presuppone l’attribuzione di rilevanza ai due oggetti della contesa.

Se si declina in questi termini la relazione tra libertà e funzione di difesa sociale, si giunge alla seguente conclusione: la prima è preordinata alla seconda, perché l’intera Costituzione si ispira al principio del *favor libertatis*. I diritti inviolabili della persona, come individuo e come membro della comunità, rappresentano il “nucleo assiologico primigenio” della democrazia³⁸⁹. Invero, la Costituzione tutela il singolo al fine di garantire il pieno sviluppo

³⁸⁵ A. Morrone, *op. cit.*, 2008, p 197.

³⁸⁶ G. Pino, *op. cit.*, 2017, p 154. L’autore preferisce l’interpretazione per principi perché l’individuazione di regole generali renderebbe l’ordinamento eccessivamente rigido, così da essere inidoneo alla ricerca della soluzione giusta per casi imprevisi.

³⁸⁷ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, XII, p. 14.

³⁸⁸ A. Morrone, *op. cit.*, 2008, p. 202. “Il primato della persona umana e dei diritti inviolabili della persona costituisce il metro per stabilire le coordinate delle relazioni tra diritti individuali eterogenei, tra diritti individuali e diritti collettivi, tra diritti soggettivi e interessi obiettivi dell’ordinamento. Allo stesso modo, nelle relazioni tra Stato e regioni, l’unità politica della Repubblica costituisce la norma per graduare gli altri interessi territoriali e, quindi, per riempire di contenuto il principio di differenziazione delle politiche regionali e locali”.

³⁸⁹ A. Baldassarre, *op. cit.*, 2008, p. 16. “In tal senso, e non senza enfasi, i diritti inviolabili riconosciuti all’art. 2 Cost. possono essere definiti come le categorie *a priori* o trascendentali della democrazia”. Del medesimo avviso è P. Calamandrei, *L’avvenire dei diritti di libertà*, Giulianova, 2018, p. 58. “In un ordinamento

della personalità umana³⁹⁰, elemento che, come visto in precedenza, risulta centrale proprio nei dispositivi digitali³⁹¹.

La gerarchia assiologica in esame è deducibile dal modo in cui le norme costituzionali sono scritte. Quando l'art. 14, co. 2, Cost. statuisce che “*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*”, viene stabilita una precisa relazione tra gli interessi contrapposti³⁹²: la libertà domiciliare è la regola, la sua compressione per finalità di indagine è l'eccezione.

A ciò si aggiunge la proclamazione dell'inviolabilità del domicilio. Il significato della clausola, ampiamente dibattuto in dottrina³⁹³, impone quale tutela minima la salvaguardia del rapporto assiologico con gli interessi che ne giustificano la compressione³⁹⁴. In altri termini, nonostante sia pacifico che nessun diritto è assoluto, deve comunque essere mantenuta quella relazione di regola-eccezione che vi è tra libertà e funzione di difesa sociale; ad esempio, permettere l'utilizzo indiscriminato di un mezzo di ricerca della prova particolarmente intrusivo per tutte le fattispecie di reato, senza condizioni e garanzie procedurali, sarebbe una chiara sovversione della lettera costituzionale³⁹⁵.

democratico le libertà individuali, anche se non fossero reclamate dai singoli a difesa dell'interesse privato, apparirebbero come primordiale esigenza dell'interesse pubblico: perché di esse la democrazia ha bisogno per respirare, ossia per vivere”.

³⁹⁰ A. Barbera, *op. cit.*, 1975, pp. 105 ss.

³⁹¹ v. par. 3.4.), cap. II.

³⁹² A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, 1997, p. 42. L'autore illustra quanto detto prendendo in esame una disposizione contraria: “la libertà di riunione non può svolgersi in contrasto con l'incolumità pubblica”. “In quest'ultimo caso – dice Baldassarre – è evidente che la norma costituzionale procede, in relazione a un determinato diritto, a una precisa gerarchia di valore, poiché sotto il profilo logico il limite (nel caso l'incolumità pubblica) rappresenta pur sempre, ora assolutamente ora relativamente, la superiorità assiologica del valore che incorpora rispetto alla libertà cui si riferisce (nel caso la libertà di riunione) o, più precisamente, designa il valore di riferimento o di orientamento che dà forma al concreto svolgimento dell'indeterminato contenuto di cui ogni particolare libertà consiste in astratto”.

³⁹³ Primo oggetto di discussione è l'individuazione di quali diritti siano inviolabili: prevale oggi la tesi secondo cui il carattere in esame compete a tutti i diritti fondamentali previsti nella Parte I della Costituzione; sul punto v. F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 8.

Per quanto attiene al contenuto è stata prospettata da più parti la sottrazione al processo di revisione costituzionale: da una parte, vi sono coloro che sostengono l'immutabilità del nucleo essenziale dei diritti e, dall'altro, chi invece interpreta l'inviolabilità come garanzia di esistenza. Per un approfondimento di tutte le posizioni dottrinali v. R. Bifulco, *op. cit.*, 2022, pp. 22 ss.; v. anche A. Baldassarre, *op. cit.*, 1989, pp. 32 ss.

³⁹⁴ Quanto detto potrebbe essere letto come una particolare declinazione del principio di intangibilità del contenuto essenziale del diritto (esso trova espressione all'art. 19, co. 2, GG). Se obiettivamente non è possibile determinare con esattezza quale sia il nucleo, quanto meno deve essere salvaguardata la relazione tra il diritto fondamentale e gli interessi che ne giustificano la limitazione. Sul principio in esame v. G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, 1966, pp. 130 ss.; P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, 1972, pp. 150 ss.

³⁹⁵ Sul punto si tornerà nelle conclusioni, perché quando detto ben si concilia con l'attuale disciplina del captatore informatico e della *data retention*.

Medesime considerazioni si possono formulare circa la disciplina della libertà personale e il principio di stretta legalità penale: “*Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale (regola) se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli modi e casi previsti dalla legge (eccezione)*”³⁹⁶; “*nessuno può essere punito (regola) se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso (eccezione)*”³⁹⁷. L’idea che vi debbano essere dei limiti insormontabili alla potestà punitiva dello Stato rappresenta uno spartiacque tra i sistemi settecenteschi e la civiltà attuale, tra l’ideologia dell’autorità e quella della libertà³⁹⁸. Se, come è stato efficacemente affermato, l’organizzazione del processo penale rappresenta “l’indice più sicuro” per misurare “il grado di civiltà e di politica di libertà”³⁹⁹, sul punto le scelte dell’Assemblea costituente sono manifeste.

Questo approdo esegetico è possibile soltanto se si fa riferimento alla letteralità delle norme, perché i canoni di ragionevolezza e proporzionalità rendono la Costituzione un sistema di valori “anarchico”⁴⁰⁰, dove l’incertezza e l’imprevedibilità delle sentenze regnano sovrane⁴⁰¹. In sintesi, non si deve ragionare in termini di lettera del testo *contro* il bilanciamento, ma di lettera *nel* bilanciamento, quale faro per guidare l’interprete nell’attribuzione del “peso” al valore.

Questo iter logico-giuridico, seppur implicitamente, è stato adottato dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nel caso *Digital Rights Ireland*. Quando si dice che il ricorso alla *data retention* è giustificabile solo per la lotta al terrorismo internazionale o a reati che mettono in pericolo la pubblica sicurezza⁴⁰², i giudici europei attribuiscono un “peso” agli interessi contrapposti. Invero, la premessa nascosta del principio affermato è che, essendo massima l’intrusione nella sfera privata della persona, l’atto investigativo è legittimo solo per la tutela di interessi altrettanto rilevanti; ad esempio, l’accesso ai tabulati telefonici per il reato di furto, a tutela del diritto di proprietà, costituirebbe una violazione della gerarchia valoriale della Carta di Nizza.

³⁹⁶ Art. 13, co. 2, Cost.

³⁹⁷ Art. 25, co. 2, Cost.

³⁹⁸ G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2019 (8° ed.), p. 43.

³⁹⁹ L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, 1899 (2° ed.), p. 7. L’autore pone in rilievo, già prima dell’entrata in vigore della Costituzione, lo stretto rapporto che vi è tra garanzie processuali e rapporto Stato-individuo: più le prime si espandono e più il cittadino si pone sullo stesso piano dell’autorità.

⁴⁰⁰ L’espressione è di J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, vol. XII, p. 357.

⁴⁰¹ G. Scaccia, *op. cit.*, 2009, p. 3.

⁴⁰² Corte di giustizia UE, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, Seitlinger e a. Par. 42.

Il metodo interpretativo poc'anzi esposto, lontano dal predisporre regole da applicare nella misura del tutto o niente, cerca di recuperare la lettera della Costituzione nella ponderazione degli interessi in conflitto⁴⁰³. Il Giudice delle leggi è chiamato a individuare la relazione tra i diritti fondamentali e ad operare il bilanciamento in modo coerente, così da ridurre i propri margini di discrezionalità e formare nel tempo una giurisprudenza certa⁴⁰⁴.

3.3.) *Il rapporto tra i valori costituzionali*

L'esistenza di relazioni assiologiche tra i valori costituzionali è un dato tutt'altro che pacifico nella giurisprudenza della Corte e in dottrina. È opportuno dedicare alcune riflessioni al tema, così da poter giustificare fino in fondo il rapporto tra i diritti inviolabili e la funzione di difesa sociale individuata nel precedente paragrafo.

Una prima scuola di pensiero ritiene che il carattere generico dei principi, che reciprocamente si sovrappongono nel loro campo applicativo, non possa che far emergere un unico valore cardine del sistema costituzionale: il pluralismo⁴⁰⁵. Poiché le democrazie occidentali poggiano sulla libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero, il disaccordo sui valori è un dato intrinseco all'attività delle Corti e ostativo alla prevalenza del diritto fondamentale in termini assoluti⁴⁰⁶. L'impossibilità di individuare relazioni stabili attribuisce all'interprete l'inedito ruolo di assumere la scelta *ragionevole* per risolvere il singolo caso di conflitto, salvaguardando entrambi i diritti, cosicché nessuno ceda completamente⁴⁰⁷. Questa teoria,

⁴⁰³ Obiezione tipicamente mossa a chi tenta di individuare delle relazioni tra i diritti secondo la lettera costituzionale è di irrigidire eccessivamente l'attività interpretativa, v. G. Pino, *op. cit.*, 2017, p. 155. Si tratta della c.d. fallacia del pupazzo, perché in realtà vengono attribuite finalità assenti: creare una relazione tra i diritti non significa far prevalere sempre l'uno sull'altro, ma piuttosto individuare un rapporto di regola-eccezione su specifiche materie che guiderà l'interprete nel bilanciamento. A ben vedere, siffatto metodo non è estraneo all'ordinamento italiano, ad esempio in tema di conflitto tra diritto alla reputazione e diritto di critica e cronaca giornalistica: se ricorrono verità della notizia, rilevanza pubblica e continenza espositiva, prevale il secondo. *Ex multis* v. Cass. civ., sez. I, 6 aprile 1993, n. 4109, in *Corr. giur.*, 1993, p. 445, nota Zeno Zencovich.

⁴⁰⁴ È sostenuto da F. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. Nolte (a cura di), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, pp. 49-69, che l'approccio ponderativo caso per caso è tipico delle giurisprudenze costituzionali giovani, che non hanno ancora formato un saldo apparato di *doctrines* che sopravviva nel tempo.

⁴⁰⁵ v. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1991, pp. 179 ss.; G. Pino, *op. cit.*, 2017, pp. 35 ss.; Id, *Diritti e interpretazioni. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, 2010.

⁴⁰⁶ Questa posizione è stata assunta dalla Corte costituzionale: “*La Costituzione italiana, come le altre Convenzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi*” (sent. n. 85 del 2013); in dottrina v. J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; F.I. Michelman, *Law's Republic*, in *Yale Law Journal*, 1988, vol. 98, pp. 1493 ss.

⁴⁰⁷ Sull'impossibilità di determinare rapporti stabili tra i diritti fondamentali v. B. Celano, “*Defeasibility*” e *bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in *Ragione pratica*, 2002, vol. 18, pp. 223-239.

definibile come relativistica, riconosce l'incertezza degli approdi esegetici quale corollario delle Costituzioni moderne, aperte ad accogliere tutte le sfumature di pensiero⁴⁰⁸.

A questa tesi è stato correttamente obiettato che la presunta assenza di una gerarchia di valori in Costituzione non risolve il problema, ma rimette al giudice la strutturazione dei diritti fondamentali, così da farlo diventare Legislatore del caso concreto⁴⁰⁹: “la negazione di una gerarchia oggettiva porta così all'esigenza di una gerarchia soggettiva”⁴¹⁰. È quanto accaduto nel 1992, quando la Corte, omettendo ogni riferimento alla lettera costituzionale, inventò da sé la relazione tra diritti dell'imputato, concezioni epistemologiche del processo penale, e ruolo dello Stato nella repressione dei reati⁴¹¹.

La Costituzione, ancora prima di essere un atto giuridico, è un atto politico che sceglie una certa visione del mondo e del rapporto individuo-autorità, parteggiando chiaramente per il primo. Se l'interpretazione della norma consiste nel risalire alla volontà del Legislatore, il giudice assume inevitabilmente un ruolo in parte “politico”, mai del tutto eliminabile⁴¹²; tuttavia, *rebus sic stantibus*, la risoluzione dei conflitti deve avvenire secondo le scelte valoriali dell'Assemblea costituente, ricavabili esclusivamente dal testo costituzionale, non da formule magiche come ragionevolezza e proporzionalità.

Alla scuola relativistica si oppone quella assolutistica, che tenta di ricostruire relazioni stabili tra i diritti fondamentali, così da poterli applicare nella misura del tutto o niente. La posizione

⁴⁰⁸ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 1991, p. 201: “La ragione della temuta “esplosione” soggettivistica dell'interpretazione è dunque ancora una volta da rintracciarsi nel carattere pluralistico della società attuale e di quella società parziale che è la comunità dei giuristi e di coloro che operano attraverso il diritto. Essi rappresentano diversi “punti di vista”, che non possono non riflettersi nella loro opera, e questa diversità viene esaltata dalla novità dei problemi che l'evoluzione della scienza, della tecnica e dell'economia continuamente e pressantemente propone. La causa dell'incertezza nei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principi di senso di valore generalmente condiviso”.

⁴⁰⁹ G. Scaccia, *op. cit.*, 2009, p. 10.

⁴¹⁰ F. Di Blasi, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica del diritto naturale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1999, p. 240. “Il fatto che – dice l'autore – nei valori fondamentali non ci sia alcun elemento da cui trarre un ordine di priorità, unito al fatto ulteriore che è necessario un ordine di priorità che ci sia affinché il soggetto possa agire, significa che tale ordine non deriva dai valori, ma dai singoli soggetti”.

⁴¹¹ v. par. 2.3.), cap. IV.

⁴¹² P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 2020 (testo della 4° ed. del 1959), pp. 236 e 237. Il passo è talmente celebre da meritare di essere riportato integralmente: “Nel sistema della legalità, fondato sulla divisione dei poteri, la giustizia deve essere rigorosamente separata dalla politica. La politica viene prima della legge: è il travaglio da cui nasce la legge. Ma quanto la legge è nata, il giudice non deve vedere che questa; anzi, diceva il Montesquieu, il giudice non ha neanche bisogno di avere gli occhi per vedere: esso è un ordigno inanimato, una specie di portavoce attraverso il quale la legge parla da sé: la “bouche de la loi”. Belle parole; ma da intendersi *cum grano salis*. Intanto, anche se il giudice potesse riuscire a dimenticarsi, mentre giudice, delle sue opinioni e della sua condizione personale, egli avrebbe sempre il dovere, per applicare fedelmente la legge, di interpretarla; ma interpretarla vuol dire risalire alla *ratio* da cui è nata, cioè in sostanza alla ispirazione politica che circola in essa e la rende socialmente attuale. Il che porta a ritenere che in ogni interpretazione giuridica vi sia un certo margine di scelta politica”.

in esame non può essere accolta per due ordini di ragione: il carattere aperto dei principi è un dato incontestabile, così come la presenza di conflitti non immaginati del Legislatore costituzionale⁴¹³.

Si collocano in equilibrio fra i due sistemi coloro che sostengono la presenza di gerarchie assiologiche su specifiche materie disciplinate in Costituzione⁴¹⁴. Questa tesi è quella che aderisce meglio alla fattualità, perché la Carta fondamentale non può essere letta come un contenitore vuoto che si limita a sancire il pluralismo. Ciò è deducibile da come le norme vengono scritte: le formule “*la libertà personale è inviolabile*” e “*il diritto di sciopero si esercita nell’ambito delle leggi che lo regolano*” esprimono valori dello stesso rango? L’invulnerabilità del domicilio si pone sullo stesso piano del diritto di petizione? La risposta è ovviamente negativa, non per le opzioni ideologiche di chi scrive – questo è il punto dirimente – ma per quelle dell’Assemblea costituente. Vi dovrà essere un motivo se per la protezione di certi interessi vi sono una riserva di legge, di autorità giudiziaria e un obbligo di motivazione, mentre la disciplina di altri è rimessa al Parlamento, peraltro senza vincoli.

Quanto trattato in questo capitolo è il presupposto per tornare a riflettere su captatore informatico e *data retention*. Il *cháos* oggi presente sui nuovi mezzi di ricerca della prova, spesso atipici e dunque privi di condizioni, può essere superato soltanto attraverso un ritorno all’ordine dei valori costituzionali. Ristabilire delle gerarchie è l’unico *iter* possibile per la tutela dei dati personali nel futuro prossimo.

⁴¹³ Per un esame critico di questa teoria v. G. Scaccia, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. La Torre – A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, 2002, pp. 387 ss.

⁴¹⁴ v. gli scritti già citati di A. Baldassarre; S. Fois, “*Ragionevolezza*” e “*valori*”: *interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato di diritto*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparativistici*, 1994, pp. 103 ss.; M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparativistici*, 1994, pp. 245 ss.; Id, *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, pp. 1 ss.

CAPITOLO V: RILIEVI CONCLUSIVI

1. Profili di incostituzionalità dell'ordinamento

Siamo giunti all'ultima tappa dell'iter di questo scritto: valutare la legittimità costituzionale della disciplina vigente alla luce delle riflessioni sull'interpretazione della Carta fondamentale formulate nel precedente capitolo⁴¹⁵.

Il legame tra Costituzione e processo penale è indissolubile, perché le più significative violazioni dei diritti fondamentali, seppur legittimate dal perseguimento di interessi meritevoli di tutela, avvengono per finalità di indagine⁴¹⁶. La discussione sull'ammissibilità e l'estensione applicativa dei nuovi mezzi di ricerca della prova non può prescindere da un'analisi puntuale della rilevanza costituzionale degli interessi protetti, che in caso contrario rimarrebbero in balia dell'arbitrio del Legislatore e del Giudice delle leggi.

Come accertato nel capitolo II, i beni giuridici coinvolti nei dispositivi digitali sono protetti dalla Costituzione, che ha fatto espresso riferimento solo allo spazio fisico, perché era l'unico immaginabile nel 1948. La mancanza di una previsione positiva non è tuttavia ostativa al riconoscimento di nuovi diritti, perché il valore è "trascendentale" rispetto alla norma, che non può confinarlo entro la lettera del testo così da paralizzarlo per sempre⁴¹⁷. L'esigenza di riservatezza riconosciuta dai Costituenti nell'inviolabilità del domicilio è oggi nutrita anche nello spazio digitale, che rappresenta un salto qualitativo dovuto al progresso tecnologico; *rectius*, l'accresciuta interdipendenza tra le persone, dovuta proprio agli elaboratori elettronici, postula anche la salvaguardia del libero svolgimento della personalità⁴¹⁸.

La sussunzione all'art. 14 Cost. (e non solo) dei nuovi diritti della persona, definiti tramite una *reductio ad unum* diritto alla vita nello spazio digitale⁴¹⁹, conduce a rilevanti conclusioni: l'incostituzionalità di tutti i mezzi di ricerca della prova atipici che incidono sugli interessi in esame. Il pedinamento mediante GPS o l'adozione del captatore informatico al di fuori

⁴¹⁵ Alcune considerazioni sono già state proposte nel cap. III relativamente ai singoli mezzi di ricerca della prova. In questa sede si vuole piuttosto illustrare il corretto bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce di quanto sostenuto nel precedente capitolo.

⁴¹⁶ Sul rapporto tra Costituzione e processo penale v. F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Giuffrè, 2011; G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, 2007.

⁴¹⁷ A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, vol. XII, pp. 18 ss. L'autore sostiene che i valori, come la libertà o la dignità umana, non siano riducibili alla proclamazione formale del diritto inviolabile, perché nel corso del tempo potrebbero trovare nuove forme di espressione. "La libertà – dice Baldassarre – è, per sua essenza, un valore trascendentale rispetto alle specifiche possibilità (giuridiche) attraverso cui essa stessa si propone all'orizzonte delle azioni umane".

⁴¹⁸ U. De Siervo, *Il diritto della persona alla riservatezza*, Università degli studi di Padova, 2011, p. 2.

⁴¹⁹ v. par. 4.), cap. II.

della cornice legislativa si pongono in conflitto con la prescrizione dei “*casi e modi*” imposta dall’art. 14, co. 2. Poiché la *ratio* della riserva di legge, legata al principio di legalità, consiste nell’introduzione di vincoli all’attività del potere pubblico, *condicio sine qua non* per salvaguardare i diritti fondamentali dei cittadini, la prassi attuale sembra resuscitare l’idea antica del re *legibus solutus*, che invade gli spazi individuali senza condizioni e limiti⁴²⁰. L’utilizzo del *trojan horse*, strumento dalle potenzialità illimitate e in grado di operare un “controllo psichico”⁴²¹, non può avvenire nell’assenza guarentigie, perché in tal modo si ribaltano le scelte valoriali insite nell’art. 14, co. 2, Cost. che, essendo una regola, è da applicare nella misura del tutto o niente: o vi sono i casi e modi prescritti dalla legge e l’atto è legittimo, o essi mancano e il mezzo di ricerca della prova è incostituzionale. *Tertium non datur*. L’interpretazione per principi della Costituzione non può tradursi nella sovversione della lettera del testo, così da accrescerne la genericità nonostante la puntualità dell’enunciato.

La via d’uscita della giurisprudenza per evitare di giungere a simili conclusioni è stata fino ad oggi negare la rilevanza costituzionale dei dispositivi informatici⁴²². Questa opzione esegetica, oltre a porsi in antitesi con quanto sostenuto nel capitolo II di questo scritto, è incoerente anche rispetto all’evoluzione dell’ordinamento, perché il Legislatore nel 1993 ha introdotto l’art. 615-ter c.p., dedicato all’accesso abusivo al sistema informatico, inserendolo nella sezione “*dei delitti contro la inviolabilità del domicilio*”⁴²³; ulteriore indice ermeneutico da prendere in considerazione è l’art. 8 della Carta di Nizza, che riserva una specifica protezione ai dati di carattere personale. Insomma, ci troviamo innanzi ad una interpretazione influenzata da valutazioni di politica criminale che potrà essere superata soltanto da un richiamo all’ordine della Corte costituzionale⁴²⁴.

⁴²⁰ Sul rapporto tra riserva di legge e principio di legalità v. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale (anno accademico 1960-1961)*, Cedam, 1962, vol. II, pp. 89 ss. Di diversa opinione sul punto sono invece R. Balduzzi – F. Sorrentino, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, pp. 1218 e 1219, che pongono in risalto il carattere polifunzionale e polimorfo della riserva di legge.

⁴²¹ P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, p. 482.

⁴²² *Ex multis* v. Cass. pen., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, n. 16556. La Corte di Cassazione ritiene che l’art. 14 Cost. venga in rilievo solo se è il dispositivo digitale a trovarsi nei luoghi fisici qualificabili come “domicilio”.

⁴²³ La contraddittorietà degli approdi giurisprudenziali con le scelte del Parlamento è posta in rilievo da F. Alonzi, *L’escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata: ripartire dalla Costituzione*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, vol. 5, n. 3, p. 1438.

⁴²⁴ Sorge in questa sede il problema del sindacato accentrato della Corte costituzionale, che non può pronunciarsi se manca un giudice che proponga questione di legittimità. *Quid iuris* se i giudici comuni rifiutano di sollevare la questione? Sul tema v. A. Von Bogdandy – D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2020, vol. 1, pp. 11 ss.; T. Groppi, *La Corte e ‘la gente’: uno sguardo ‘dal basso’ all’accesso incidentale alla giustizia*

Altro tema da valutare è l'estensione del catalogo di reati che giustificano l'adozione del captatore informatico e dell'accesso ai metadati. Se, da un lato, è pacifico che l'inviolabilità non postula l'assenza di limiti, dall'altro, ogni restrizione deve essere giustificata da doveri inderogabili o interessi costituzionali di pari rango⁴²⁵. Pertanto, il ricorso ai mezzi di ricerca della prova in esame, che posseggono un grado di intrusività senza precedenti, è ammissibile a condizione che il reato per cui si procede sia posto a tutela di un bene giuridico altrettanto rilevante.

Quanto appena detto non sembra essere osservato dalla disciplina vigente. L'art. 266, co. 2, c.p.p. ammette l'utilizzo del captatore informatico ai fini di intercettazione anche per fattispecie criminose dallo scarso allarme sociale, come la contraffazione di brevetti⁴²⁶ o l'abuso di informazione privilegiata⁴²⁷. La premessa implicita dell'ordinamento è che nel bilanciamento tra diritti della persona nello spazio digitale e iniziativa economica privata debba prevalere la seconda; tuttavia, la relazione assiologica soggettiva creata dal Legislatore si pone in contrasto con quella oggettiva presente in Costituzione, perché l'art. 14 Cost. esprime un valore sovraordinato a quello dell'art. 41. Invero, la libertà domiciliare è nel titolo dedicato ai rapporti civili, è definita “*inviolabile*” ed è garantita da una riserva di legge, di autorità giudiziaria e un obbligo di motivazione; al contrario, l'iniziativa economica privata trova espressione nel titolo dei rapporti economici, è qualificata solo come “*libera*”, e “*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”⁴²⁸.

Un approccio ben più rigoroso fin da subito è stato assunto dalla Corte costituzionale tedesca⁴²⁹. È stato infatti disposto che l'atto investigativo in esame è legittimo, “*se la rilevanza degli interessi da proteggere è tale da giustificare di per sé la compressione di diritti fondamentali dell'individuo*”⁴³⁰. Il bilanciamento può avvenire esclusivamente con

costituzionale, in *Rivista AIC*, 2019, vol. 2, par. 2; A. Pugiotto, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 2016, vol. 1, pp. 154 ss.

⁴²⁵ L. Elia, *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 940 ss.

⁴²⁶ Art. 473 c.p.

⁴²⁷ Art. 184 Tuf.

⁴²⁸ Il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost. devono essere letti congiuntamente, perché il riconoscimento dell'iniziativa economica privata opera nei limiti espressamente previsti; sul punto v. C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 37 ss. Sul significato delle clausole presenti al co. 2 v. R. Niro, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, 2006, vol. 1, pp. 852 ss.

⁴²⁹ Bundesverfassungsgericht, sent. del 27 febbraio 2008. Della sentenza si è già discusso al par. 3.2.), cap. II.

⁴³⁰ Il passo della sentenza è riportato in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, vol. 3, p. 687, con commento di R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale.*

beni giuridici di pari rango, quali la vita, l'incolumità fisica e la libertà dei singoli, "la cui minaccia tocca le fondamenta dello Stato"⁴³¹. È lampante la discrasia con le posizioni assunte dalla Corte di Cassazione, disinteressata a indagare la rilevanza costituzionale dei dispositivi digitali.

Medesime considerazioni si possono formulare sulla *data retention*. L'art. 132, co. 3, del Codice della privacy ammette l'accesso ai tabulati telefonici per tutti i reati puniti con pena non inferiore a tre anni, tra cui rientra anche la falsificazione di monete, delitto contro la fede pubblica⁴³²: un atto investigativo così intrusivo può quindi essere adottato anche nei confronti di chi abbia acquistato una banconota contraffatta. La norma non è semplicemente irragionevole, ma più precisamente si pone in contrasto con le relazioni assiologiche presenti in Costituzione, perché il nucleo di un diritto fondamentale cede nel bilanciamento a favore di un interesse obiettivo dell'ordinamento non di pari rango.

In conclusione, non sembra che i moniti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea siano stati pienamente osservati, nonostante la pur opportuna novella del d.l. 123/2021, che ha superato il precedente regime normativo privo di riferimenti alle fattispecie criminose.

2. Il futuro dei dati

Il punto (6) dei Considerando al GDPR, regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, dichiara che è necessario un nuovo quadro normativo alla luce del progresso tecnologico, della globalizzazione e della continua e costante trasmissione di informazioni sui cittadini⁴³³. Il nuovo paradigma della quotidianità impone ai Legislatori nazionali e sovranazionali l'adozione di nuove risposte, che sappiano cogliere la rivoluzione copernicana rappresentata dall'avvento di Internet e dei dispositivi informatici. Nello spazio digitale si esprime la vita individuale e di relazione, si esercitano i diritti fondamentali e si ricerca la

⁴³¹ R. Flor, *op. cit.*, 2009, p. 704.

⁴³² Art. 453 c.p.

⁴³³ "(6) La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano. La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali".

felicità: l'intera società oggi vive in una dimensione immateriale, ma non per questo meno reale.

La sfida più complessa risiede nell'inconsapevolezza dei consociati sui pericoli intrinseci ai nuovi mezzi tecnologici, perché in pochi sanno dell'esistenza di metadati e *malware*. Nella società della trasparenza sono gli stessi individui a mettersi a nudo, senza cogliere le potenziali lesioni che ne possono derivare alla dignità e alla libertà⁴³⁴. In questo contesto di ignoranza del problema, nel suo senso etimologico, risulta estremamente semplice per lo Stato adottare discipline fortemente restrittive della sfera privata.

Un'ulteriore criticità è data dall'interesse che gli ordinamenti nutrono verso i dati: il controllo sulle informazioni garantisce potere. Questo modello, dominante in Cina⁴³⁵, non è avulso dai governi dei Paesi occidentali, che hanno compreso la portata degli interessi in gioco⁴³⁶. Perfino le prossime sfide geopolitiche saranno sui dati personali, divenuti il petrolio del 21° secolo.

Il baluardo a derive autoritarie è la Costituzione. Osservare la sua lettera e le relazioni assiologiche ivi contenute è l'unica strada percorribile per la salvaguardia del rapporto tra individuo e autorità: la protezione dei dati personali è preordinata a interessi pubblici o privati contingenti. I canoni di ragionevolezza e proporzionalità devono essere integrati da riferimenti al testo costituzionale, così da ridurre i margini di discrezionalità intrinseci al bilanciamento; se così non fosse, nessuno può essere certo di cosa accadrà tra venti o trent'anni.

Quanto detto si può estendere ad ogni ambito del diritto, dalla Pubblica Amministrazione alle società per azioni, ma il processo penale rimane il luogo più sensibile a questi temi, perché è la cartina al tornasole delle libertà e la porta d'accesso dei regimi autoritari⁴³⁷. Non vi è dubbio che anche i centri di potere privati costituiscano oggi un'intensa minaccia sconosciuta

⁴³⁴ Byung-Chul Han, *La società della trasparenza*, Nottetempo, 2014, p. 83: "L'intero globo evolve oggi in un panottico. Non c'è alcun esterno rispetto al panottico, che diventa totale. Nessun muro separa l'esterno dall'interno. Google e i Social Network, che si presentano come spazi di libertà, assumono forme panottiche. La sorveglianza oggi non si realizza, come si ritiene normalmente, nella forma di un *attacco alla libertà*. Piuttosto, ciascuno si consegna *volontariamente* allo sguardo panottico. *Si collabora* intenzionalmente al panottico digitale, svelando ed esponendo se stessi. Il detenuto del panottico digitale è, al tempo stesso, carnefice e vittima. In ciò consiste la dialettica della libertà. La libertà si rivela controllo.

⁴³⁵ Sul tema v. C. Boullenois, *China's data strategy. Creating a state-led market*, European Union Institute for Security Studies, 2021.

⁴³⁶ Si rinvia a S. Harris, *The Watchers: The Rise of America's Surveillance State*, Penguin Books, 2001; H. Boghosian, *Spying on Democracy: Government Surveillance, Corporate Power and Public Resistance*, City Lights Books, 2013; per un'analisi prettamente giuridica v. J.R. Reidenberg, *The Data Surveillance State in the United States and Europe*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2014, vol. 49, pp. 583-608.

⁴³⁷ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2020 (21° ed.), p. 10. "Il regime politico totalitario trova nel sistema processuale inquisitorio lo strumento di potere più efficace".

in passato, tuttavia vi è una differenza di fondo ineliminabile con il potere pubblico: quest'ultimo ha l'esercito, la polizia, può gettare bombe sui civili. La difesa delle democrazie liberali passerà attraverso la protezione dei dati personali: lo Stato deve restare fuori dai telefoni dei cittadini.

BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINO L. – PERALDO M., *Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali*, in M. Gialuz (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, 2020, vol. 3.
- ALEINIKOFF T.A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96.
- ALLEN A.L., *Privacy-as-Data control: Conceptual, Practical and Moral Limits of the Paradigm*, in *Connecticut Law Review*, 2000, v. 32.
- ALONZI F., *L'escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata: ripartire dalla Costituzione*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, vol. 5, n. 3.
- ALPA G., *Il diritto di essere sé stessi*, La nave di Teseo, Krisis, 2021.
- ALPA G., *Privacy e statuto dell'informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, vol. 1
- AMATO G., *Art. 14*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975.
- AMATO GIUS., *Trojan applicabile ai reati degli incaricati di pubblico servizio*, in *Guida al diritto*, 2020, vol. 6.
- AMORTH A., *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, 1948.
- ANDOLINA E., *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Cedam, 2018.
- APRILE E. – SPIEZIA F., *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, 2004.
- ATERNO S., *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.*, 2000.
- BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, 1997.
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991.
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, XII.
- BALDASSARRE A., *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Bulzoni, 1974.
- BALDUZZI R. – SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, 1989, XL.
- BARBERA A., *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, 1975.

- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, 1967.
- BARILE P. – CHELI E., *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, 1964, XIII.
- BARILE P. – CHELI E., *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, 1962, X.
- BARTOLE S., *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA. VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Atti del convegno in memoria di Livio Paladin, Cedam, 2001.
- BARTOLE S., *L'inevitabile elasticità delle Costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente ed utopia dei valori*, in AA. VV., *Il metodo della scienza del diritto costituzionale. Atti del convegno di Messina del 23 febbraio 1996*, Cedam.
- BATTAGLINI E., *L'oggetto della tutela penale nella violazione di domicilio*, in *Giust. pen.*, 1953, vol. 2.
- BATTARINO G., *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Questione giustizia online*, 2021.
- BESSONE M. – GIACOBBE G., *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia. Due esperienze a confronto*, Cedam, 1988.
- BIFULCO R., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2018.
- BIFULCO R., *Introduzione ai diritti e ai doveri costituzionali*, in *Trattato di diritto costituzionale*, (a cura di) M. Benvenuti e R. Bifulco, Giappichelli, 2022, vol. III.
- BIN R. – PITRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2017 (18° ed).
- BIN R., *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992.
- BLEAKLEY B., *Watching the watchers: Taskforce Argos and the evidentiary issues involved with infiltrating Dark Web child exploitation network*, in *Police Journal: Theory, Practice and Principles*, 2019.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014 (1° ed. 1990).
- BOBBIO N., *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in Id., *Teoria generale della politica*, (a cura di) M. Bovero, Einaudi, 1999.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1996.
- BOBBIO N., *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, 1978.

- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, 1977 (1° ed. 1965).
- BOGHOSIAN H., *Spying on Democracy: Government Surveillance, Corporate Power and Public Resistance*, City Lights Books, 2013.
- BONIFACIO F. – GIACOBBE G., *Art. 104*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975,
- BONINI M., *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti “violabili” in nome della lotta al terrorismo ed altri pericoli, nell’esperienza statunitense ed europea*, in *Rivista AIC*, 2016, vol. 3.
- BOUDIN L.B., *Government by judiciary*, in *Political Science Quarterly*, 1911, vol. 26, n. 2.
- BOULLENOIS C., *China’s data strategy. Creating a state-led market*, European Union Institute for Security Studies, 2021.
- BRAGHÒ G., *L’ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, (a cura di) L. Lupària, Giuffrè, 2009.
- BRIGHI R., *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni: tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, (a cura di) F. Alonzi – R. Orlandi – G. Giostra, Giappichelli, 2018,
- BRONZO P., *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni: tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, (a cura di) F. Alonzi – R. Orlandi – G. Giostra, Giappichelli, 2018.
- BYUNG-CHUL HAN, *Nello sciame*, Nottetempo, 2015.
- BYUNG-CHUL HAN, *La società della trasparenza*, Nottetempo, 2014.
- CAJANI F., *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016.
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 2020 (testo della 4° ed. del 1959).
- CALAMANDREI P., *L’avvenire dei diritti di libertà*, Giulianova, 2018.
- CAMON A. – DANIELE M. – NEGRI D. – CESARI C. – DI BITONTO M.L. – PAULESU P.P., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2020 (2° ed.).

- CAMON A., *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017.
- CAMON A., *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, v. 2.
- CAPRIOLI F., *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2017, vol. 3, n. 2.
- CARDONE A., *Il sistema del Data Retention come strumento investigativo*, in *Giur. pen. web*, 2021.
- CARNELUTTI F., *Discussione*, in *Primi problemi della riforma del processo penale*, (a cura di) G. De Luca, Sansoni, 1962.
- CARNELUTTI F., *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955.
- CARNELUTTI F., *Bilancio del positivismo giuridico (1951)*, in *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, 1953, vol. 2
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Nabu Press, 2010 (1° ed. 1875).
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola.
- CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Laterza, 2008.
- CATELANI A., *Giusnaturalismo e principio di legalità nello Stato di diritto*, in M. Bianca – A. Catelani (a cura di) *Giusnaturalismo e diritti inviolabili dell’uomo*, Lavori in corso – Work in progress, 2009.
- CELANO B., *“Defeasibility” e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, in *Ragione pratica*, 2002, vol. 18.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1994.
- CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1994.
- CERVATI A.A., *Il diritto costituzionale italiano, tra miti, contraddizioni, dogmi e tentativi di riforma*, in *Rivoluzione fra mito e costituzione. Diritto, società e istituzioni nella modernità europea*, (a cura di) G. Allegri – A. Longo, Sapienza University Press, 2018.
- CHIARELLI R., *Domicilio I) Libertà di domicilio*, in *Enc. Giur.*, 1989, XII.
- CLOUGH J., *Principles of Cybercrime*, Cambridge University Press, 2015 (2^a ed.).

COHEN A. – PARK S., *Compelled Decryption and the Fifth Amendment: Exploring the Technical Boundaries*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2018, vol. 32.

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007.

COOK T., *A Message to Our Customers*, in <https://www.apple.com/customer-letter/>, 16 febbraio 2016.

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffré, 2012 (9° ed).

COTTA S., *Diritto naturale*, in *Enc. dir.*, 1964, XIX.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale (anno accademico 1960-1961)*, Cedam, 1962, vol. II.

CRISAFULLI V., *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955, II.

CUOMO L. – RAZZANTE D., *La nuova disciplina dei reati informatici*, Giappichelli, 2009.

D'AMICO M. – BIONDI F., *Art. 134*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, 2006.

DANIELE M., *L'illusione di domare il captatore informatico*, in *La legislazione penale*, 2020.

DATE J., *The FBI and the iPhone: How Apple's Security Features Have Locked Investigators Out*, in <https://abcnews.go.com/US/fbi-iphone-apples-security-features-locked-investigators/story?id=36995221>, 17 febbraio 2016.

D'ATENA A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997.

DEAN G. (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, 2007.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità (1961)*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffré, 1983, vol. 4.

DELLA MORTE M., *Art. 14*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, 2006.

DE SIERVO U., *Il diritto della persona alla riservatezza*, Università degli studi di Padova, 2011.

DI BLASI F., *I valori fondamentali nella teoria neoclassica del diritto naturale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1999.

- DINACCI F.R., *La localizzazione mediante celle telefoniche tra limiti costituzionali e comunitari*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, 2019.
- DINACCI F.R. (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Giuffrè, 2011.
- DOGLIANI M., *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993.
- DOGLIANI M., *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre- e post-costituzionale*, in *La necessaria discontinuità. Immagini di diritto pubblico*, il Mulino, 1990.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Angeli, 1982.
- D'ORAZIO G., *Aspetti dello status di giudice costituzionale*, Giuffrè, 1966.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 2010 (1° ed. 1977).
- DWORKIN R., *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in Id., *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, 2008.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964.
- ELY J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962.
- ESPOSITO C., *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1958, osservazione a C. cost. 14 luglio 1958, n. 53.
- ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo di individuazione del diritto*, ESI, 1983.
- FELICIONI P., *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, UTET, 2019.
- FELICIONI P., *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, vol. 5.
- FERRAJOLI L., *Il costituzionalismo dei diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Laterza, 2013.
- FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, vol. 3.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2009.

FILIPPI L., *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *Il diritto di difesa*, 2021.

FLICK G.M., *Le novelle sulla corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. pen.*, 2020, vol. 10.

FLOR R. – MARCOLINI S., *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, Giappichelli, 2022.

FLOR R., *Data retention ed art. 132 Cod. privacy: vexata quaestio (?)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, vol. 3.

FLOR R., *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, vol. 11, n. 2.

FLOR R., *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, vol. 3.

FLORIDI L., *Four Challenges for a Theory of Informational Privacy*, in *Ethics and Information Technology*, 2006, vol. 8.

FOIS S., *“Ragionevolezza” e “valori”: interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato di diritto*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparativistici*, 1994.

FROSINI V., *Relazione a Privacy e banche dati* (Atti del convegno di Roma, 25 febbraio 1981), (a cura di) N. Matteucci, 1981.

FROSINI V., *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992.

FURFARO S., *intercettazioni (profili di riforma)*, in *Dig. disc. pen.*, 2018, vol. 10.

GIACOBBE G., *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, 1989, XL.

GIORDANO L., *Dopo le sezioni unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. con.*, 2017, v. 3.

GREVI V., *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972.

GROPPI T., *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, vol. 2.

GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, 1972.

GUALTIERI P., *Prova informatica e diritto di difesa*, in *Dir. proc. pen.*, 2008.

HARRIS S., *The Watchers: The Rise of America's Surveillance State*, Penguin Books, 2001. H. Boghosian, *Spying on Democracy: Government Surveillance, Corporate Power and Public Resistance*, City Lights Books, 2013.

HAYEK VON F.A., *La via della schiavitù*, Rubbettino, 2011 (1° ed. 1944).

HOBBS T., *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth*, 1839-1845.

ILLUMINATI G., *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, 1988, I.

IOVENE F., *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. con.*, 2014.

JHERING VON R., *Lo scopo del diritto*, Aragno, 2014, (1° ed. 1877), vol. 1.

KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1981 (1° ed. 1928).

KERR O.S., *Decryption originalism: the Lessons of Burr*, in *Harvard Law Review*, 2020, vol. 134.

KERR O.S. – SCHNEIER B., *Encryption Workarounds*, in *Georgetown Law Journal*, 2018, vol. 106.

KIM S.A., *HTTPS: Staying Protected On The Internet*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2016, vol. 1.

LAGI V., *Deep web, Dark web e Indagini informatiche*, A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, UTET, 2019.

LAMBERT E., *Il governo dei giudici*, Giuffrè, 1996.

LUCCHINI L., *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, 1899 (2° ed.).

LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009.

LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006.

- LUCIANI M., *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparativistici*, 1994.
- LUCIANI M., *Salute (diritto alla salute-diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, 1991, XXVII.
- LUSKY L., *Invasion of Privacy: A Clarification of Concepts*, in *Columbia Law Review*, 1972, vol. 72.
- LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, vol. XII.
- MAINARDIS C., *Art. 14*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) S. Bartole – R. Bin, Cedam, 2008.
- MANCUSO E.M., *Le perquisizioni on-line*, in *Jus Online*, 2017, v. 3.
- MARCOLINI S., *L'istituto del data retention dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 2014*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, 2019, UTET.
- MARCOLINI S., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, vol. 2.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2019 (8° ed.).
- MARTINOTTI G., *La difesa della privacy*, in *Politica del diritto*, 1973.
- MAZZANTI E., *Vecchio sospetto di reato e diritto all'oblio. A proposito di una recente sentenza della corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, v. 4.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale scientifica, 2014 (1° ed. 1984).
- MICHELMAN F.I., *Law's Republic*, in *Yale Law Journal*, 1988, vol. 98.
- MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995.
- MODUGNO F., *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, 1985, XXXIV.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1748, libro XI.
- MOOR J.H., *Towards a Theory of Privacy in the Information Age*, in *Computers and Society*, 1997, vol. 27.
- MORELLI G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, 1966.
- MORRONE A., *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1976 (9° ed.).

MORTATI C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, 1998 (1° ed. 1940).

MORTATI C., *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949.

NAGOURNEY A. – LOVETT I. – PÉREZ-PEÑA R., *San Bernardino Shooting Kills at Least 14; Two Suspects Are Dead*, in <https://www.nytimes.com/2015/12/03/us/san-bernardino-shooting.html>, 2 dicembre 2015.

NIRO R., *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, 2006.

NISSENBAUM H., *Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public*, in *Law and philosophy*, 1998, vol. 17.

OERLEMANS J., *Investigating cybercrime*, in *Leiden University Repository*, 2017.

ONIDA V., *La Costituzione*, il Mulino, 1995.

ORLANDO S., *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, in *Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale. Sicurezza informatica, strumenti di repressione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, 2° trim.

OROFINO M., *FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime*, in *DPCE online*, 2016, vol. 2.

OROFINO M., *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti: il dinamismo dei diritti in una società in continua evoluzione*, Giappichelli, 2014.

PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, relazione al convegno *Interpretazione costituzionale interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto*, 12 maggio 2005, Roma, La sapienza.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, 2003, Parte generale.

PACE A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003.

PACE A., *Le video registrazioni “ambientali” tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, commento alla sent. 135/2002 Corte cost., in *Giur. cost.*, 2002.

PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, vol. 1.

PACE A., *Nuove frontiere della libertà di “comunicare riservatamente” (o piuttosto, del diritto alla riservatezza)?* (nota alla sent. 81/1993 Corte cost.), in *Giur. cost.*, 1993, vol. 1.

PACE A., *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 1974, XXIV.

- PAGALLO U., *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Giuffrè, 2008.
- PAGANO F.M., *Considerazioni sul processo criminale*, il Mulino, 2010 (1° ed. 1787).
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I.
- PALMIERI L., *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. con.*, 2018, v. 1.
- PATRONO P., *Privacy e vita privata (dir. pen)*, in *Enc. dir.*, 1986, XXXV.
- PAULESU P.P., *Notizie di reato e scenari investigativi complessi, contrasto alla criminalità organizzata, operazioni "sotto copertura", captazione di dati digitali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, v. 4.
- PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, 2015.
- PETERSON A., *The debate over government 'backdoors' into encryption isn't just happening in the U.S.*, in <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2016/01/11/the-debate-over-government-backdoors-into-encryption-isnt-just-happening-in-the-u-s/>, 11 gennaio 2016.
- PICA G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, UTET, 1999.
- PIERINI A., *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. Toniatti – M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali: dinamiche e confronti europei e comparati*, Cedam, 2011.
- PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, 2017.
- PINO G., *Tre concezioni della Costituzione*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, Mimesis edizioni, 2015, vol. 1.
- PINO G., *Diritti e interpretazioni. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, 2010.
- PINO G., *Il diritto all'identità personale*, il Mulino, 2009.
- PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & diritto*, 2006, vol. 1.

- PINTO M., *The Future of the Foregone Conclusion Doctrine and Compelled Decryption in the Age of Cloud Computing*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts.*, 2016, vol. 25.
- PIOVANI P., *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Liguori Editore, 2000 (1° ed. 1961).
- PIZZORUSSO A., *Art. 135*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1975.
- POLLICINO O. – BASSINI M., *La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- POST R.C., *Three Concepts of Privacy*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, vol. 89.
- POTETTI D., *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993.
- PRETTI D., *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, vol. 1.
- PROSSER W.L., *Privacy*, in *California Law Review*, 1960, vol. 46.
- PUGIOTTO A., *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 2016, vol. 1.
- RANGAVIZ D.R., *Compelled decryption & State-Constitutional Protection Against Self-incrimination*, in *American Criminal Law Review*, vol. 57, 2020.
- REIDENBERG J.R., *The Data Surveillance State in the United States and Europe*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2014, vol. 49.
- RESCIGNO G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, 2015.
- RESTA G., *Il caso USA v. Apple e il dilemma dei diritti nella società della sorveglianza*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2016.
- RIVELLO P., *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Le nuove intercettazioni*, (a cura di) O. Mazza, Giappichelli, 2018.
- RODOTÀ S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Jovene, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", 2018 (1° ed. 1973).
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

- ROSEN J., *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, Vintage Books, 2000.
- SARTOR G., *Tutela della personalità per la protezione dei dati personali. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili di costituzionalità del “Datenschutz”*, in *Informatica e diritto*, 1986, vol. 12.
- SBARAGAGLIA G., *Attacco alle password: tecniche di cracking e consigli per metterle al sicuro*, in <https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/attacco-alle-password-tecniche-di-cracking-e-consigli-per-metterle-al-sicuro/>, 10 dicembre 2019.
- SCACCIA G., *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant’anni dall’incontro di Ebrach, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009.
- SCACCIA G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, 2007.
- SCACCIA G., *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. La Torre – A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, 2002.
- SCALIA A. – GARNER B.A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West Publishing Company, College & School Division, 2012.
- SCALIA A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1998.
- SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 1989, vol. 56.
- SCHAUER F., *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. Nolte (a cura di), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005.
- SCHIERA P., *Dalla Costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt*, in *La politica oltre lo Stato*, (a cura di) G. Duso, Arsenale cooperativa editrice, 1981.
- SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, 1984 (1° ed. 1928).
- SCHMITT C., *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, 1981 (1° ed. 1929)
- SCHWARTZ P.M., *Internet Privacy and the State*, in *Connecticut Law Review*, 2000, v. 32.

SCOLETTA M., *Il nuovo regime penale delle falsità informatiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, (a cura di) L. Lupària, Giuffrè, 2009.

SIGNORATO S., *Indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, 2018.

SORO A., *Caso Apple-Fbi, nel rapporto tra privacy e sicurezza serve un utilizzo ragionevole delle tecnologie*, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4710683>, 20 febbraio 2016.

SPANGHER G., *Data retention: le questioni aperte*, in *Giustizia insieme online*, 2021.

SPANGHER G., *Critiche. Certezze. Perplessità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giur. pen. web*, 2018, vol. 1.

SPINOZA B., *Trattato teologico-politico*, in *Tutte le opere*, ed. Bompiani, 2010.

TAMPANELLA B., *La crittografia tra arte e scienza*, in www.sicurezzanazionale.gov.it, 2015.

TEDFORD T.L. – HERBECK D.A., *Freedom of Speech in the United States*, Strata Publishing, 2017 (8° ed.).

TOMMASINI R., *Osservazioni in tema di diritto alla privacy*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, vol. 1.

TONINI P., *Procedura Penale*, Giuffrè, 2020 (21° ed.).

TONINI P. – CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014.

TORRE M., *Data retention. Una ventilata di ragionevolezza da Lussemburgo*, (a margine della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18), in *Consulta online*, 2021, vol. 2.

TORRE M., *Le intercettazioni a mezzo del c.d. captatore informatico o “trojan di stato”*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, Utet, 2019.

TORRE M., *Sull’obbligo per il privato di collaborare ad attività di digital forensic: il caso “Apple – F.B.I.”*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Cybercrime*, 2019.

TORRE M., *Il captatore informatico*, Giuffrè, 2017.

TORRE M., *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015.

TOSI R., *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993.

TROGU M., *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in *Le indagini atipiche*, (a cura di) A. Scalfati, Giappichelli, 2019 (2° ed.).

VANONI L.P., *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, in *Federalismi.it*, 2015, vol. 1.

VIGEVANI G.E., *Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco*, in *DPCE online*, 2016, vol. 2.

VIOLANTE L., *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, 2014.

VON BOGDANDY A. – PARIS D., *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2020, vol. 1.

WARREN S.D. – BRANDEIS L.D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV.

WEBER M., *Politics as a Vocation*, Wikisource, 1918.

WESTIN A.F., *Privacy and freedom*, Atheneum press, 1967.

ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012.

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY G., *La giurisdizione costituzionale*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) G. Amato – A. Barbera, il Mulino, 1984.

ZANON N., *Relazione sulla sentenza 20/2019 della Corte costituzionale*, in *La giustizia costituzionale di fronte agli sviluppi tecnologici (genetica, persona e famiglia; privacy e controllo sociale)*, 2019.

ZENO ZENCOVICH V., *I nuovi sistemi telematici interattivi e la tutela del diritto all'identità personale*, in *Banche dati, telematica e diritti della persona*, (a cura di) G. Alpa – M. Bessone, Cedam, 1984.