

28 MARZO 2018

Tutela della persona negli spazi virtuali: la strada del “domicilio informatico”

di Caterina Domenicali

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Tutela della persona negli spazi virtuali: la strada del “domicilio informatico”^{*}

di Caterina Domenicali

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario: **1.** Investigazioni a carattere tecnologico ed esigenze di tutela della persona: il caso delle c.d. perquisizioni *online*. **2.** Quali problemi e come affrontarli: il (carente) quadro normativo e l’approccio della giurisprudenza **3.** Alla ricerca del bene giuridico da tutelare: le proposte della dottrina per un nuovo diritto alla “riservatezza informatica” **4.** È veramente insufficiente il quadro costituzionale? Il concetto di domicilio *ex art. 14 Cost.* **5.** Una possibile risposta nella proiezione virtuale dei valori a base della tutela del domicilio

1. Investigazioni a carattere tecnologico ed esigenze di tutela della persona: il caso delle c.d. perquisizioni *online*

Si può ricorrere a una interpretazione evolutiva delle categorie costituzionali per fornire tutela di fronte alle peculiarità degli strumenti informatici e alle potenzialità lesive delle investigazioni veicolate da tali mezzi? Il presente scritto muove da tale quesito, adottando il punto di vista della tutela della persona all’interno dei sistemi informatici: dispositivi elettronici ma anche luoghi immateriali¹ che hanno acquisito, ormai, una posizione centrale come strumenti di sviluppo della personalità e che in tale prospettiva comportano un’esigenza di tutela.

L’evoluzione della tecnica mette tali strumenti al servizio non solo delle attività individuali, ma anche della pubblica autorità, in specie per la persecuzione dei reati. La prova digitale, infatti, ha assunto un ruolo cruciale nelle dinamiche dell’inchiesta, soprattutto a fronte della dimensione transnazionale e cibernetica del fenomeno criminoso: così, oltre a quelli tipici, entrano nel processo elementi di prova raccolti mediante accesso ai sistemi informatici.

I caratteri delle tecnologie dell’informazione, particolarmente efficaci a fini investigativi – si pensi in caso di attività preparatorie di attentati terroristici oppure nella lotta alla diffusione di materiale pedopornografico – rendono ancor più complesso il bilanciamento tra l’esigenza di prevenzione e repressione dei reati con il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Un problema urgente è posto,

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per un approfondimento sui caratteri delle apparecchiature *hardware* e sul processo di virtualizzazione dei calcolatori, v. G. SARTOR, *L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione: corso di informatica giuridica*, Torino, 2016.

in particolare, dalle investigazioni a carattere tecnologico svolte tramite le c.d. perquisizioni *online*, operazioni di esplorazione e monitoraggio di un sistema informatico compiute tramite l'infiltrazione segreta nello stesso².

Sempre più frequentemente, infatti, le investigazioni avvengono tramite l'installazione di specifici *softwares*³, i c.d. *trojan horses*, che consentono di svolgere diverse operazioni da remoto per acquisire le informazioni salvate sul supporto, captare flussi di dati, visualizzare le attività che si stanno compiendo. Il monitoraggio di un sistema informatico tramite "virus di Stato" ha delle enormi potenzialità per la repressione dei reati. Esso presenta, però, anche una particolare invasività⁴. Da un lato, perché concentra su di sé le caratteristiche di diversi strumenti di indagine e la capacità di comprimere, per di più in modo occulto, una pluralità di diritti fondamentali, che vanno dall'inviolabilità del domicilio alla libertà e segretezza delle comunicazioni, alla tutela della riservatezza e dei dati personali. Dall'altro, per il rischio concreto di sconfinare in vero e proprio mezzo di ricerca di notizie di reato: problema che si pone anche per gli atti investigativi ordinari ma che è amplificato dal mezzo informatico in quanto strumento ontologicamente ibrido e in grado pertanto di insidiare le fondamenta della tutela dei diritti della persona. Il problema di rilievo costituzionale consiste nell'individuare quali beni giuridici richiedano tutela in relazione alla capacità intrusiva di tali mezzi di investigazione, con l'obiettivo di comprendere se i captatori informatici vadano a incidere sui classici diritti riconosciuti nella Carta costituzionale ed estesi nelle loro potenzialità di "copertura", oppure se sia necessario riconoscere diversi e nuovi beni giuridici capaci di abbracciare le proteiformi potenzialità lesive delle tecnologie dell'informazione. I principali risvolti della riflessione sono, da una parte, in termini di garanzie dei diritti della persona e, dall'altra, in termini di effettività della ricerca della prova e di genuinità delle prove digitali fornite: la differente protezione costituzionale ha infatti ricadute sui presupposti e sui limiti delle forme di ingerenza delle autorità preposte all'investigazione, quindi sull'utilizzabilità dei relativi risultati.

2. Quali problemi e come affrontarli: il (carente) quadro normativo e l'approccio della giurisprudenza

Fino alla recente approvazione del d. lgs. n. 216 del 2017, le perquisizioni *online* non trovavano alcuna previsione specifica nell'ordinamento italiano. Lo sforzo interpretativo della dottrina, in particolare di quella penalistica, si era rivolto, dunque, all'individuazione del bene coinvolto dalla singola funzione svolta

² Diversamente, le perquisizioni informatiche sono atto di indagine che si effettua a sorpresa, tipicamente durante le indagini preliminari, finalizzato al sequestro del supporto digitale.

³ Inviati attraverso internet oppure direttamente inseriti nel supporto, molto spesso uno *smartphone*.

⁴ Sui possibili utilizzi di questa tecnologia si veda, in particolare, S. ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Agg., Torino, 2014, p. 217 ss.

dal captatore: se, in base al prisma del bene giuridico, fosse stato possibile evocare uno tra gli istituti già disciplinati dalla legge, l'ammissibilità sarebbe dipesa dal rispetto delle condizioni dettate per l'attività tipica; se, invece, si fosse trattato di una prova «non disciplinata dalla legge», oltre ai limiti previsti dall'art. 189 c.p.p.⁵, essa avrebbe incontrato il limite della riserva di legge per le invasioni delle libertà inviolabili di cui agli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione⁶.

La questione dell'ammissibilità dei “virus di Stato” installati in dispositivi elettronici portatili è stata affrontata dalle Sezioni Unite di cassazione, rispetto alle possibili violazioni dell'art. 14 Cost., in caso di intercettazioni c.d. ambientali⁷. L'art. 267 c.p.p., infatti, assoggetta le intercettazioni di comunicazioni tra presenti a condizioni diverse a seconda del luogo, privato o meno, in cui la comunicazione si svolge⁸. Le potenzialità intrusive della captazione attraverso dispositivo informatico portatile, però, non sono determinabili *a priori*: l'eventualità che il dispositivo si sposti, assieme a chi lo detiene, rende possibile la realizzazione di una pluralità di intercettazioni domiciliari anche in luoghi non singolarmente individuati e dove non si stia svolgendo attività criminosa. Una volta ricondotta la captazione di comunicazioni tramite *trojan* nell'ambito dell'art. 266, comma 2, c.p.p., la Corte ha stabilito che essa non può essere effettuata nel domicilio se non quando sussista un «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa», salva l'eccezione – operante nel caso di specie – delle indagini per delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, per le quali basta che sussistano «sufficienti indizi»⁹.

L'intrusione nella vita privata realizzata dal *trojan*, però, può andare molto oltre l'intercettazione tra presenti e arrivare sino a captare dati, immagini e video, e «produrre, in casi estremi, esiti lesivi della

⁵ La prova atipica deve essere «idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti», la sua assunzione non deve ledere «la libertà morale della persona» e prima di procedere all'ammissione il giudice deve «sentire le parti sulle modalità di assunzione».

⁶ In assenza di una predeterminazione normativa, la prova non regolata dalla legge che comporti una limitazione di tali diritti è dunque inammissibile: Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26796, *Prisco*.

⁷ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, *Scurato*.

⁸ Mentre per le comunicazioni effettuate al di fuori del domicilio occorrono i medesimi presupposti formali e sostanziali necessari per procedere alle intercettazioni telefoniche (quindi basta che vi sia fondato motivo di ritenere che vi si terranno conversazioni concernenti un reato già commesso), per quelle effettuate all'interno di un'abitazione privata occorre che all'interno si stia presumibilmente commettendo il reato.

⁹ Tale deroga, prevista anche per i reati di minaccia col mezzo del telefono, è posta dall'art. 13, comma 1, d.l. n. 153 del 1991, che consente la captazione anche nel domicilio senza necessità di preventiva specificazione dei luoghi in cui si svolgerà e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto. Ulteriore deroga è posta per i casi di reati di terrorismo internazionale dall'art. 3, d.l. n. 374 del 2001. In linea con la sentenza *Scurato*, la Cassazione ha poi precisato che in ragione «della forza intrusiva del mezzo usato» occorre che sia sufficientemente dimostrato che l'inchiesta verte in tema di criminalità organizzata o associativa e che la persona intercettata sia collegata ad un'ipotesi delittuosa di tale natura: Cass., sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874. Il nervo scoperto di tale giurisprudenza risiede nell'incertezza della categoria della “criminalità organizzata”, soprattutto se la sua qualificazione avvenga, come in questi casi, nella fase delle indagini preliminari: cfr. A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 93 ss. Sul problematico profilo della nozione di criminalità organizzata è intervenuto il legislatore delegato in attuazione della riforma Orlando, di cui si dirà.

dignità umana»¹⁰. *Quid iuris* in queste ipotesi? Parte della dottrina penalistica ritiene che tali atti invasivi non siano riconducibili ad alcuno dei mezzi di ricerca della prova specificamente disciplinati dal codice di rito: pur essendo avvicinabili, a seconda della funzione, alle perquisizioni o alle ispezioni informatiche¹¹, si tratta comunque di attività investigative atipiche¹².

Il problema non sembra aver trovato soluzione nemmeno con la recente novella legislativa¹³. In attuazione della delega a riformare la disciplina delle intercettazioni prevista dalla legge c.d. Orlando¹⁴, il d. lgs. n. 216 del 2017 ha tipizzato il «captatore informatico» quale mezzo d'indagine ma solamente per uno dei diversi possibili utilizzi, ovverosia quello relativo all'attivazione del microfono per intercettare comunicazioni tra presenti attraverso l'installazione del *malware* su dispositivi elettronici portatili¹⁵. Come dimostra il caso *Scurato* affrontato dalla Cassazione, questa era l'ipotesi che creava i maggiori problemi, per la necessità di preventiva e specifica individuazione da parte del decreto di autorizzazione dei luoghi in cui le operazioni potessero svolgersi. Resta affidata, allora, all'attività interpretativa e all'incertezza applicativa la definizione delle modalità e degli effetti dell'uso del *trojan* per tutte le altre attività, quali ispezioni, perquisizioni, sequestri e ogni altra forma di acquisizione diversa dall'intercettazione effettuabile tramite lo strumento *de quo*.

La questione preliminare ad ogni possibile risposta circa l'ammissibilità di tali strumenti d'indagine è l'individuazione del fondamento costituzionale del bene giuridico inciso. Questo, d'altra parte, il

¹⁰ Così la stessa Cassazione in *Scurato*, rilevando l'impossibilità di far ricorso in tale caso alla sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di simili captazioni: cfr. C. PINELLI, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di Stato"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017, p. 79 ss.

¹¹ S. ATERNO, *Digital forensics*, cit., p. 231.

¹² Rispetto alle perquisizioni disciplinate dalla legge, la natura atipica risiede nel carattere occulto e permanente dell'attività, peraltro funzionale all'acquisizione indiscriminata di dati: cfr. F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, mai/ago 2017, p. 489. Non sarebbero utili, dunque, il novellato art. 247 c.p.p., poiché si limita a rendere possibili in ambiente informatico le tradizionali perquisizioni, classico strumento di indagine a sorpresa, quindi palese e non realizzabile a distanza; l'art. 244 c.p.p., relativo alle ispezioni informatiche, poiché riferito alla pura e semplice osservazione della realtà; l'assimilazione, in ragione del carattere occulto della perquisizione *online*, alle intercettazioni informatiche o telematiche *ex art. 266-bis* c.p.p., poiché la disposizione potrebbe offrire copertura normativa solo alle ipotesi di monitoraggio e apprensione di comunicazioni via e-mail o chat: cfr. per queste considerazioni F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/2014, p. 340.

¹³ G. SPANGHER, *Critiche. Certezze. Perplessità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2018.

¹⁴ Legge n. 103 del 2017.

¹⁵ Il testo prevede che il decreto di autorizzazione contenga «le ragioni che la rendono necessaria» e, se si procede per delitti diversi da mafia e terrorismo, anche «i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono». I risultati, inoltre, «non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso decreto di autorizzazione», salvo il caso di delitti con obbligo di arresto in flagranza. Sul decreto, per i profili che qui più interessano, v. D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2018, p. 216 ss.

problema che si è posto ogni volta in cui, nella pratica investigativa, si siano affermati strumenti privi di una specifica regolamentazione normativa. Un noto precedente, emblematico dell'impostazione che il giudice delle leggi e l'organo di nomofilachia potrebbero assumere, è la questione di ammissibilità del mezzo "bifronte" delle videoriprese nel domicilio¹⁶, risolta prima dalla Corte di Cassazione¹⁷, poi dalla Corte costituzionale¹⁸, sul filo dei beni giuridici coinvolti. L'ipotesi della videoregistrazione che abbia ad oggetto comportamenti comunicativi, in tutto assimilabile all'intercettazione tranne che per lo strumento tecnico utilizzato, è stata distinta dall'ipotesi di videoriprese riguardanti comportamenti privi di contenuto comunicativo¹⁹: nel primo caso, viene in rilievo la tutela predisposta dall'art. 15 Cost. e la riserva di legge ivi prevista è soddisfatta dall'art. 266, comma 2, c.p.p.; problemi di legittimità pone, invece, la seconda eventualità, poiché emerge il profilo dell'intrusione nella libertà domiciliare e spetta pertanto al legislatore ottemperare alla riserva assoluta di legge contemplata dall'art. 14 Cost.²⁰. Nel permanere del vuoto normativo, la Corte di cassazione ha ricondotto le riprese effettuate in luoghi aperti al pubblico alla categoria degli atti di indagine atipici previsti dall'art. 189 c.p.p.²¹, mentre questa ricostruzione rimane preclusa dall'art. 14 Cost. per le videoriprese effettuate nel domicilio, come riconfermato anche dalla Corte costituzionale²².

Quali sono, dunque, i beni giuridici che necessitano di essere tutelati di fronte all'utilizzo di captatori informatici?

¹⁶ Il problema era sorto perché le telecamere inevitabilmente finiscono per riprendere anche la mera presenza di cose o azioni che non veicolano messaggi, realizzando così una violazione del domicilio non regolata dalla legge.

¹⁷ Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, *Greco*.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 135 del 2002. La questione di legittimità, tesa ad ottenere una pronuncia additiva, aveva ad oggetto, tra gli altri, l'art. 266, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prescrive le stesse garanzie sancite per le intercettazioni di comunicazioni tra presenti per le riprese visive effettuate in luoghi di privata dimora, ponendosi così in contrasto con gli artt. 3 e 14 Cost.

¹⁹ Relativa alla mera presenza di cose o persone e comunque ad azioni non dirette a trasmettere messaggi.

²⁰ La Cassazione ha quindi precisato che il giudice *a posteriori* deve distinguere le riprese visive di comportamenti domiciliari comunicativi da quelle di comportamenti domiciliari non comunicativi, non regolate dalla legge e, come tali, non utilizzabili in giudizio. Per parte sua, la Corte costituzionale ha affermato l'inammissibilità di videoregistrazioni di immagini prive di contenuto comunicativo con una sentenza interpretativa di rigetto, in quanto il rispetto delle garanzie costituzionali non poteva farsi discendere da una pronuncia additiva della Corte, ma necessariamente da un intervento del legislatore, pena la violazione della riserva assoluta di legge.

²¹ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, *Prisco*, sulla controversa configurazione della toilette di un pubblico esercizio e del *privé* di un locale pubblico come domicilio: come noto, la Corte l'ha esclusa, tuttavia, per evitare che questi luoghi rimanessero esposti a qualunque genere di intrusioni, ha creato un'ulteriore categoria ai fini penali, quella dei "luoghi riservati", ovverosia ambienti strutturalmente predisposti anche per tempo limitato allo svolgimento dell'intimità e della riservatezza della persona, nei quali è consentito il ricorso a riprese visive ma solo in base ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria.

²² In mancanza di una norma che consenta e disciplini tali videoregistrazioni «l'attività stessa dovrebbe ritenersi radicalmente vietata, proprio perché lesiva dell'inviolabilità del domicilio, sancita dal primo comma dello stesso art. 14 Cost.; mentre i risultati delle riprese effettuate in violazione del divieto rimarrebbero inutilizzabili»: Corte cost., sent. n. 149 del 2008.

3. Alla ricerca del bene giuridico da tutelare: le proposte della dottrina per un nuovo diritto alla “riservatezza informatica”

Viene in rilievo, anzitutto, la libertà e segretezza delle comunicazioni. L’ombrello fornito dall’art. 15 Cost., infatti, arriva a coprire le comunicazioni che avvengano tramite supporti elettronici come e-mail²³, conversazioni telefoniche tramite connessione internet, *instant messaging*²⁴, nonché i dati esteriori di tali comunicazioni, ovverosia i dati di traffico telematico²⁵. Oltre a ciò, l’intrusione di un *trojan*, in particolare su uno *smartphone*, consente di ottenere i contatti della rubrica, di estrapolare copia del contenuto della memoria, di localizzare il dispositivo, di attivare la fotocamera, di acquisire quanto viene digitato sulla tastiera o gli *screenshots* eseguiti automaticamente dal dispositivo.

Tra i diritti da proteggere in un sistema tecnologico di informazione di fronte all’accesso dell’autorità ricade senz’altro la protezione della *privacy*²⁶. Il problema, però, a prescindere dall’apprensione di dati riservati e dall’intercettazione del flusso di comunicazioni, sembra divenire l’accesso stesso al *device*. In questo senso, per il solo fatto dell’intromissione dell’autorità pubblica in un sistema informatico dovrebbe venire in rilievo l’art. 14 Cost., poiché a meritare protezione dovrebbe essere il luogo informatico o virtuale in quanto tale, in cui non solo sono salvati dati ma si proiettano plurime dimensioni della persona. Vi è però chi sostiene che il parallelismo con il domicilio permetterebbe di cogliere solo parzialmente il contenuto dell’interesse all’esclusione di terzi da quelle «sfere di disponibilità e rispetto» che la tecnologia informatica rende fruibili²⁷. L’interesse dell’utilizzatore di sistemi informatici e telematici prescinderebbe

²³ Per quanto ponga problemi inediti, l’equiparazione di tale mezzo alle tradizionali comunicazioni epistolari è ormai assodata: cfr. C. CARUSO, *La libertà e la segretezza della corrispondenza nell’ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2013, p. 19.

²⁴ In dottrina si è comunque rilevato che con riferimento alle comunicazioni tramite il web 2.0, in particolare per i servizi ibridi che possono essere alternativamente utilizzati per comunicare privatamente o per diffondere una comunicazione, il paradigma costituzionale trova un’applicazione meno fluida: cfr. M. OROFINO, *L’art. 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0*, in T. E. FROSINI - O. POLLICINO - E. APA - M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017, p. 198.

²⁵ Sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale che, a partire dalla sent. n. 81 del 1993, ha riconosciuto che «l’ampiezza della garanzia apprestata dall’art. 15 della Costituzione alle comunicazioni che si svolgono tra soggetti predeterminati entro una sfera giuridica protetta da riservatezza 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». Tuttavia, vi sono una serie di problematiche concrete che rendono non scontata l’applicazione di tale pronuncia ai nuovi servizi web: v. M. OROFINO, *L’art. 15 della Costituzione italiana*, cit., p. 200.

²⁶ Questa dimensione di tutela, però, non è stata appieno riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità nemmeno nel caso della geolocalizzazione, tecnica che realizzerebbe una invasione minimale della sfera della persona disciplinabile quale prova atipica ai sensi dell’art. 189 c.p.p.: cfr. P. COSTANZO, *Note preliminari sullo statuto giuridico della geolocalizzazione (a margine di recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi)*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, p. 341.

²⁷ L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, Padova, 2004, p. 80.

dal luogo in cui si trovino: l'esistenza di «spazi virtuali di manifestazione della personalità» richiede che venga tutelato «l'interesse sostanziale alla protezione di informazioni “riservate” e al loro controllo nello svolgimento di rapporti giuridici e personali *online* o in altri spazi “informatici”»²⁸. L'esigenza di riservatezza all'interno del perimetro del sistema informatico, che nasce come espansione del domicilio, acquisterebbe dunque «autonomia in un ambito, quello digitale, in cui non ci sono confini, non ci sono luoghi fisici che possano riflettere il carattere privato o riservato delle attività che ivi si svolgano o di ciò che vi sia custodito»²⁹.

È la natura ibrida del sistema informatico ad impedire, secondo questa tesi, di distinguere la natura privata dello spazio o della comunicazione, rendendo inadeguati i diritti fondamentali esistenti. Piuttosto che forzare l'interpretazione degli artt. 14 e 15 Cost., dunque, si dovrebbe riconoscere, attraverso l'art. 2 della Costituzione, l'esistenza di un diverso bene giuridico, meritevole di tutela costituzionale, rappresentato dalla «riservatezza informatica»³⁰. Lo stesso diritto costituzionale implicito della riservatezza appare inadeguato ad introdurre limiti efficaci al compimento di attività di indagine così fortemente incidenti sulla sfera intima³¹: più flessibile della libertà di comunicare riservatamente, la tutela della *privacy* comporta infatti una più ampia discrezionalità legislativa nella modulazione delle garanzie. Il nuovo bene costituzionale dovrebbe trovare tutela, piuttosto, nel combinato disposto dell'art. 117, comma 1, Cost., con gli artt. 8 CEDU e 7 CDFUE, posti a tutela del rispetto della vita privata³². Ciò permetterebbe di “recuperare” le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione, alla luce del principio di proporzionalità, previste in particolare dall'art. 8 della Convenzione europea.

²⁸ R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3/2009, p. 705.

²⁹ F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., p. 335 ss.: in questo senso, la tutela del domicilio si rivela inadeguata poiché non potrebbe essere disgiunta dal legame con un ambiente fisico all'interno del quale si svolge la vita privata. Ritiene «scorretto invocare, per l'utilizzo del *computer*, l'art. 14 Cost. (posto che la libertà di domicilio «presuppone» la separatezza «fisica» del luogo)», anche A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2001, p. 35 ss., p. 55 spec. nota. 76.

³⁰ R. ORLANDI, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Archivio penale*, 2016, p. 3 ss. La riservatezza informatica è definita quale «interesse al godimento e controllo esclusivo sia di determinati dati e informazioni, che dei relativi mezzi e procedimenti informatici e telematici di trattamento», che, pur configurandosi sempre quale «diritto di escludere» i terzi non legittimati dal corrispondente accesso e utilizzo, va oltre la dimensione originaria della *privacy* e della tutela del domicilio: L. PICOTI, *Reati informatici*, in *Enciclopedia Giuridica, Agg.*, VIII, Roma, 2000, p. 20 ss.

³¹ S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, p. 9 ss.

³² F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., p. 336 ss.; P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, p. 125 ss.

Tale tesi trova appiglio, inoltre, in alcune decisioni di Corti costituzionali europee³³. La dimensione transnazionale del crimine e degli stessi strumenti informatici suggerisce in effetti un approccio globale al fenomeno. La tendenziale convergenza delle esigenze che stanno alla base delle normative adottate nei vari ordinamenti, per rispondere alle minacce del terrorismo internazionale, determina infatti la circolazione delle medesime problematiche giuridiche. Particolare eco ha avuto, in tal senso, una decisione resa nel 2008 dal *Bundesverfassungsgericht*³⁴. Di fronte alle peculiarità del monitoraggio occulto di un sistema informatico, il Tribunale ha reputato insufficiente una interpretazione evolutiva delle garanzie offerte dalle norme costituzionali a tutela della segretezza delle telecomunicazioni e dell'inviolabilità del domicilio e, altresì, del diritto all'autodeterminazione informativa: pertanto, ha esplicitamente riconosciuto, per la prima volta nel panorama europeo³⁵, un nuovo diritto fondamentale di rango costituzionale «alla integrità e riservatezza dei sistemi informatici»³⁶. Inteso come espressione della tutela della dignità dell'uomo e dell'utente informatico, il nuovo diritto garantisce il “cittadino digitale” nell'uso delle tecnologie di informazione e di comunicazione in rete³⁷. Un successivo intervento del Tribunale costituzionale tedesco ha poi confermato l'ammissibilità dell'impiego di mezzi informatici che permettono l'acquisizione di dati “da remoto”, nel rispetto del principio di proporzionalità, in relazione a una serie di beni giuridici ammessi ad entrare in bilanciamento con la tutela del nuovo diritto, e della riserva di giurisdizione³⁸.

³³ Su cui v. R. FLOR, *Lotta alla “criminalità informatica” e tutela di “tradizionali” e “nuovi” diritti fondamentali nell'era di internet*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 5 ss.: nel dialogo tra le Corti costituzionali tedesca, ceca e rumena, in tema di detenzione e conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, l'A. trova conferma della «nascita di nuove forme di manifestazione dei diritti generali della personalità, che possono essere ricondotte al diritto all'autodeterminazione informativa ed al diritto alla riservatezza ed alla sicurezza dei dati e dei sistemi informatici» (IBIDEM, p. 13).

³⁴ BVerfG, 27 febbraio 2008, su cui v. R. FLOR, *Brevi riflessioni*, cit. Il Tribunale era chiamato a valutare la legittimità di una norma della legge sulla protezione della Costituzione del Nord Reno-Westfalia, perché consentiva ad un organismo di *intelligence* di derivazione governativa il monitoraggio e l'accesso segreto ai sistemi informatici collegati in rete.

³⁵ A. VENEGONI - L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 maggio 2016, p. 1.

³⁶ Ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, GG.

³⁷ M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1168. Il Tribunale costituzionale ha quindi dichiarato l'incostituzionalità, rispetto al nuovo diritto fondamentale, della normativa che prevedeva il monitoraggio del sistema informatico come attività di *intelligence*, ma non ne ha escluso in assoluto l'ammissibilità come strumento d'indagine.

³⁸ BVerfG, 20 aprile 2016, su cui v. A. VENEGONI - L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta*, cit. La Corte ha riaffermato in linea teorica la compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti all'individuo dalla Costituzione delle misure di sorveglianza occulte da parte della polizia, per la protezione della società contro le minacce del terrorismo internazionale; alcune previsioni della contestata legge federale (che disciplina l'attività della polizia federale e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi) sono state dichiarate incostituzionali per violazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra poteri pubblici e prerogative individuali.

4. È veramente insufficiente il quadro costituzionale? Il concetto di domicilio ex art. 14 Cost.

Nel nostro Paese, una declinazione immateriale del concetto costituzionale di domicilio tale da ricomprendere anche sistemi informatici e luoghi virtuali è stata già in passato oggetto di dibattito. Con l'introduzione, ad opera della legge n. 547 del 1993³⁹, della fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico⁴⁰, infatti, si è fatto strada nel panorama normativo il concetto di domicilio informatico⁴¹.

I commentatori hanno accolto non senza perplessità la collocazione della nuova fattispecie tra i delitti contro l'inviolabilità del domicilio⁴², dividendosi sul bene giuridico e sulla *ratio* sottesi a tale ipotesi di incriminazione. In base alla dottrina penalistica prevalente, il bene protetto dalla norma investirebbe l'integrità dei dati e dei sistemi informatici⁴³ oppure la riservatezza dei dati e dei programmi ivi contenuti⁴⁴; oppure ancora, secondo la predetta tesi, il più ampio diritto alla «riservatezza informatica»⁴⁵. Se si pone invece l'accento sulla simmetria tra l'art. 615 *ter* c.p. e la struttura del reato di violazione di domicilio⁴⁶, il

³⁹ Volta ad adeguare l'ordinamento alle nuove esigenze di tutela indotte dall'evoluzione tecnologica, sollecitate dalle indicazioni fornite dal Consiglio d'Europa in materia di lotta alla criminalità informatica di carattere transnazionale, con l'obiettivo di creare uno spazio penale comune in cui rendere effettivi ed uniformi gli strumenti adottati dai vari Paesi. Su questi temi è poi tornata la legge n. 48 del 2008, di Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa di Budapest sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001, che ha introdotto sanzioni più pesanti per i reati informatici e norme di contrasto più efficace alla pedo-pornografia in rete.

⁴⁰ L'art. 615-*ter* c.p. punisce con la reclusione fino a tre anni i c.d. pirati informatici (*hacker* o *cracker*) ed in genere chiunque si introduce abusivamente in un sistema informatico, inteso in senso fisico (come un personal computer) ma anche virtuale (come il sistema di dati ivi contenuti), oppure in un sistema telematico (ad esempio una rete di telecomunicazioni), che siano protetti da misure di sicurezza (chiavi fisiche o elettroniche, come password di accesso), nonché chi «vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo».

⁴¹ Di tale concetto vi è traccia anche in una recente proposta di legge in materia di captatori informatici (C. 4260, recante «Modifiche al codice di procedura penale e altre disposizioni concernenti la disciplina dell'intercettazione di comunicazioni telematiche e dell'acquisizione di dati ad esse relativi»): la relazione al disegno di legge afferma che «le captazioni da remoto incidono sull'inviolabilità del domicilio», nel senso di «domicilio informatico, ossia quello spazio immateriale, delimitato da informazioni, nel quale una persona esplica attività legate alla vita privata o di relazione, e dall'accesso al quale il titolare ha diritto di escludere terzi».

⁴² L'inserimento nel corpo del codice penale, subito dopo i reati di violazione di domicilio e di interferenze illecite nella vita privata, fu preferito rispetto ad altre pur praticabili strade, tra cui il ricorso a norme già esistenti o la costruzione di una nuova legge speciale dedicata ai c.d. reati informatici: le intenzioni del legislatore del 1993, infatti, erano, da una parte, porre fine alle difficoltà interpretative e applicative esistenti a livello giurisprudenziale e, dall'altra, evitare di alimentare il fenomeno della decodificazione.

⁴³ M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica del diritto*, Napoli, 4/1994, p. 12 ss.

⁴⁴ C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, p. 321.

⁴⁵ Secondo R. FLOR, *Phishing, identity theft, e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 899, «il bene giuridico “riservatezza informatica”, protetto dall'art. 615-*ter* c.p., si può configurare come interesse esclusivo, giuridicamente riconosciuto, di godere, disporre e controllare le informazioni, i procedimenti, i sistemi e “spazi” informatizzati e le relative utilità».

⁴⁶ L'art. 614 c.p. sanziona chi si introduca «nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo».

bene tutelato sembra afferire alla nozione di domicilio oggetto della fattispecie tradizionale⁴⁷: sarebbe difeso, pertanto, il domicilio informatico inteso, da alcuni, in senso stretto come luogo da mantenere riservato attraverso misure di sicurezza in esercizio dello *ius excludendi alios*⁴⁸, da altri, come concetto più ampio che assicura protezione sia al luogo fisico sia al complesso delle attività, dati e informazioni riservati ivi compresi⁴⁹.

Sulle divergenti ricostruzioni dottrinali si è imposta la Corte di cassazione⁵⁰. Sulla base di una interpretazione teleologica della lettera della norma⁵¹, della sua collocazione sistematica e della Relazione al disegno di legge⁵², i giudici di legittimità hanno potuto affermare che intenzione del legislatore era assicurare protezione alla «estensione del domicilio materiale e spazio ideale (ma anche fisico in cui sono contenuti i dati informatici) di pertinenza della persona, al quale estendere la tutela della riservatezza della sfera individuale, quale bene anche costituzionalmente protetto (art. 14 Cost.)». La Suprema Corte ha individuato dunque nel «domicilio informatico» una estrinsecazione ulteriore della nozione tradizionale di domicilio, il cui contenuto «si concreta nello “*ius excludendi alios*”, quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso, purché attinenti alla sfera di pensiero o all’attività, lavorativa o non, dell’utente». In altra occasione, i giudici di nomofilachia hanno comunque riconosciuto la pluralità dei beni e l’eterogeneità degli interessi tutelati dall’art. 615-ter c.p.⁵³: tuttavia, essi hanno confermato che «particolare rilievo assume la tutela del diritto alla riservatezza e, quindi, la protezione del domicilio informatico, visto quale estensione del domicilio materiale»⁵⁴ e, valorizzando lo *ius excludendi* quale *ratio* della norma, hanno ritenuto recessive la riservatezza e la mera protezione dall’uso indebito dati personali⁵⁵.

⁴⁷ G. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, p. 62.

⁴⁸ G. PICA, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁹ A. MANNA - M. PAPA - S. CANESTRARI - A. CADOPPI, *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, IX, Torino, 2011, p. 525; M. DELLA MORTE, *Art. 14*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 352.

⁵⁰ Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067; ancora, Sez. V, 26 ottobre 2012, n. 42021; Sez. V, 31 marzo 2016, n. 13057.

⁵¹ Che non limita la tutela ai contenuti personalissimi dei dati raccolti nei sistemi informatici.

⁵² Dalla quale emerge che il domicilio informatico integra la tutela della sfera individuale garantita «dall’art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali dagli art. 614 e 615 c.p.».

⁵³ Quali «il diritto alla riservatezza, diritti di carattere patrimoniale, come il diritto all’uso indisturbato dell’elaboratore per perseguire fini di carattere economico e produttivo, interessi pubblici rilevanti, come quelli di carattere militare, sanitario nonché quelli inerenti all’ordine pubblico ed alla sicurezza, che potrebbero essere compromessi da intrusioni o manomissioni non autorizzate».

⁵⁴ Cass., Sez. V, 1 ottobre 2008, n. 37322, ritornata sul tema per dare risposta all’orientamento che, argomentando a partire dall’impossibilità di configurare un accesso abusivo quando il sistema informatico non risulti obiettivamente protetto da misure di sicurezza, valorizzava la tutela della sola riservatezza dei dati e dei programmi contenuti nel sistema.

⁵⁵ Che eventualmente integreranno altre fattispecie: Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, chiarendo che, quand’anche l’accesso sia consentito, diventa abusivo se contravviene disposizioni e viola limiti impartiti dal titolare, in modo espresso o tacito, perché è violato il titolo che legittima l’accesso.

La legge n. 547 del 1993 e la giurisprudenza formatasi attorno all'art. 615-ter c.p. non sono stati ritenuti irrilevanti sul piano costituzionale. A fronte dell'allargamento della nozione penale di domicilio avallata dalla giurisprudenza di legittimità, ci si è interrogati su di un corrispondente allargamento del concetto di cui all'art. 14 Cost.⁵⁶. Si sono levate posizioni anche del tutto contrarie a tale copertura costituzionale per i nuovi “luoghi” informatici, da includere, piuttosto, nel diritto alla *privacy* o nella più ampia libertà e segretezza delle comunicazioni.

L'utilità della distinzione di cui si discute non riguarda tanto il diverso regime di tutela offerto dalle fattispecie costituzionali: anzi, rispetto all'art. 14, l'applicazione dell'art. 15 Cost. offrirebbe una garanzia maggiore, poiché richiede l'intervento della legge e successivamente il provvedimento dell'autorità giudiziaria, senza riconoscere poteri preventivi all'autorità di pubblica sicurezza. La sussunzione dei luoghi virtuali nell'una o nell'altra area di tutela, piuttosto, è funzionale a verificare se il legislatore abbia rispettato la relativa riserva di legge: nel momento in cui scatta una determinata norma costituzionale di copertura, o esiste una disciplina che regoli lo specifico provvedimento in quanto lesivo di quel bene costituzionale, oppure il provvedimento dovrà ritenersi inammissibile.

Come noto, l'art. 14 Cost. non dà indicazioni di contenuto circa il concetto di domicilio accolto, che è stato quindi variamente ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base di un'operazione interpretativa della volontà del Costituente⁵⁷ e del sistema normativo di riferimento⁵⁸. Tradizionalmente, si sono contrapposti coloro che hanno sostenuto l'autonomia di tale concetto, fondandolo su un proprio oggetto materiale di tutela⁵⁹, e chi ha interpretato la nozione costituzionale di domicilio alla luce della

⁵⁶ In questo senso P. VERONESI, *Per un'interpretazione costituzionale del concetto di “domicilio”*, in *Ann. Univ. Ferrara*, XVII, Ferrara, 2003, p. 125.

⁵⁷ Mentre l'art. 27 dello Statuto Albertino faceva proprio il concetto penale di domicilio (v. G.P. MEUCCI, *La libertà domiciliare*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, 1967, p. 191) la questione fu meno condivisa in seno all'Assemblea Costituente (v. G. AMATO, *Commento all'art. 14*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1977, p. 56).

⁵⁸ Le nozioni di domicilio cui riferirsi sono quelle, precedenti alla Costituzione, contenute nel codice civile e nel codice penale, mentre la dottrina ha tralasciato il concetto di domicilio fiscale, chiaramente inconferente.

⁵⁹ I fautori di tale tesi contestano, anzitutto, la correttezza del procedimento interpretativo del testo costituzionale che muova da disposizioni extra e sub-costituzionali (G. MOTZO, *Contenuto ed estensione della libertà domiciliare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, 1954, p. 512) e negano la presenza di un qualche «solido aggancio per sostenere che tutte le interferenze private non volute dovrebbero essere reato, portando così a coincidere il domicilio penale con quello costituzionale» (G. AMATO, *Commento all'art. 14*, cit., p. 64, il quale, in particolare, rinviene nel conflitto tra interessi generali e interesse privato e nella diversa graduazione degli stessi all'interno della norma costituzionale il fondamento di un'autonoma nozione costituzionale di domicilio). Dall'esegesi dei lavori dell'Assemblea costituente, e in particolare dal dibattito tra Basso e Lucifero (Atti Ass. Cost., seduta del 10 aprile 1947), emergerebbe la volontà di dettare una tutela diversa e più ampia rispetto al codice civile e a quello penale, che va oltre l'area dell'intimità della vita privata svolta nella propria dimora (I. FASO, *La libertà di domicilio*, Milano, 1967, p. 21). Per questo la nozione costituzionale di domicilio comprenderebbe non solo l'abitazione e i luoghi ad essa assimilabili, ma anche ogni spazio isolato dall'ambiente esterno di cui legittimamente si disponga a titolo privato e che sia destinato alla soddisfazione delle esigenze tutelate dall'art. 14 Cost., che vanno oltre la sfera delle attività

legislazione ordinaria pre-costituzionale, in particolare penale⁶⁰. Gli argomenti a sostegno di quest'ultima sovrapposizione fanno riferimento, per prima cosa, alla tradizione interpretativa statutaria⁶¹ e alla mancanza di indicazioni nel testo costituzionale che facciano pensare alla volontà di prescindere da nozioni presupposte; ma, soprattutto, identificano il presupposto dell'operatività della tutela costituzionale, ovverosia il rapporto tra soggetto e ambiente, con la *ratio* della tutela penalistica⁶².

La Corte costituzionale, per parte sua, non ha mai espressamente accolto una nozione autonoma di domicilio⁶³ e si è di fatto adagiata su altre definizioni, il cui senso ha a che fare certamente con un concetto che si avvicina a quello attinto dall'ordinamento penale e che si è evoluto con l'evolversi della società⁶⁴. Se si guarda alla giurisprudenza comune, invece, la disputa pare meno accesa⁶⁵, perché gran parte di essa propende per la sostanziale corrispondenza del bene costituzionale con l'oggetto materiale tutelato dal codice penale e adotta a sua volta una interpretazione della locuzione di cui all'art. 614 c.p. orientata dal faro del bene giuridico costituzionalmente tutelato: il risultato è una tendenziale coincidenza di interpretazioni con il giudice costituzionale.

connesse alla vita domestica: cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, p. 214; P. CARETTI, *Domicilio (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, p. 320 ss.

⁶⁰ Scarsa fortuna ha avuto, invece, la ricostruzione che appiattiva il domicilio costituzionalmente tutelato sulla definizione civilistica, sostenuta in particolare da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1070.

⁶¹ Come detto, l'oggetto materiale del domicilio tutelato dallo Statuto corrispondeva a quello protetto dal vigente codice penale. La sua inviolabilità era concepita come libertà tipicamente negativa di impedire ad estranei e ad agenti pubblici l'ingresso nella propria casa e la *ratio* di tutela si rinveniva nel «rispetto della personalità umana, la quale sente di dover rimanere sicura nel luogo intimo ove si raccoglie a riposo, ove riunisce [...] le sue cose e persone più care» (F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, p. 110): beni giuridici quali sicurezza, intimità e pace domestica si connettevano quindi strettamente alla libertà personale tutelata dalla disposizione immediatamente precedente.

⁶² Secondo la versione originaria di questa ricostruzione, la disposizione in commento opera un vero e proprio rinvio recettizio «cristallizzando a livello costituzionale una precisa nozione di domicilio formulata da una fattispecie normativa preesistente»: P. BARILE - E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 862. Altri postulano, invece, una necessaria coincidenza dell'ambito di applicazione della legge penale con la sfera del domicilio costituzionalmente inteso: cfr. F. COCOZZA, *La libertà di domicilio nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1984, p. 12 ss.; I. FASO, *La libertà di domicilio*, cit., p. 33 ss. Netamente contrario, invece, G. AMATO, *Commento all'art. 14*, cit., p. 61: per l'A., mentre il codice tutela un «univoco interesse, quello all'intimità della vita privata», la disciplina costituzionale copre «tutti i luoghi, siano o meno di dimora, in cui può aver luogo il conflitto di interessi che essa regola», in pratica «qualunque luogo di cui si disponga a titolo privato».

⁶³ Cui ha fatto incidentalmente riferimento nella sent. n. 88 del 1987, prendendo atto dell'esistenza della tesi dottrinale che la supportava ma ritenendo che il problema non si proponesse in quel caso. La questione sollevata riguardava il bagagliaio di un'autovettura, che la Corte si è dimostrata disposta a considerare «come luogo di privata dimora, sia pure esposto al pubblico, dal quale il titolare ha il diritto di escludere ogni altro»: ha lasciato tuttavia perplessi che proprio in quella sede essa abbia affermato di porsi in linea col diritto penale vivente, che, in realtà, non manifestava un orientamento univoco sul punto (cfr. R. BARTOLE - R. BIN, *Art. 14*, in *Commentario Breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 116).

⁶⁴ Vedi *infra*.

⁶⁵ P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 338; R. BARTOLE - R. BIN, *Art. 14*, *op. cit.*, p. 115.

Nel tentativo di identificare materialmente i luoghi coperti dalla tutela, i primi commentatori si sono soffermati sull'analisi degli elementi essenziali e accidentali della nozione costituzionale di domicilio⁶⁶, interpretando anche estensivamente le disposizioni del codice penale⁶⁷. Tra gli elementi essenziali sono da annoverare la presenza di uno spazio isolato dall'ambiente esterno, tale da rendere effettiva la volontà di escluderne terzi, e la destinazione di tale spazio ad attività tipicamente private, sia quelle proprie della vita intima sia quelle non domestiche ma che si svolgono comunque nella sfera spaziale esclusiva del soggetto privato; a fondamento della pretesa di tutela vi è la legittimità della destinazione, non invece il titolo di godimento; rileva inoltre l'attualità della destinazione, nel senso di effettivo impiego come dimora e non nel senso di necessaria continuità nell'uso, la tutela non venendo meno in caso di assenza dell'avente diritto; non si può parlare invece di privata dimora se tra il soggetto e il luogo manca una relazione qualificabile in termini di *jus excludendi alios*⁶⁸.

Luoghi quali un sistema informatico, una casella di posta elettronica, un *cloud*, possono rientrare nella garanzia costituzionale del domicilio quali ambiti spaziali in cui il soggetto svolge la propria personalità, e rispetto ai quali gode del diritto di escludere gli altri e definire le condizioni e limiti di accesso, nonché delle doppie garanzie nei confronti delle ingerenze della pubblica autorità?

5. Una possibile risposta nella proiezione virtuale dei valori a base della tutela del domicilio

Potrebbe sembrare paradossale utilizzare una categoria che dipende dalla nozione di luogo proprio in un momento in cui la dimensione spaziale, oltre a quella temporale, ha subito una contrazione per gli «effetti di deterritorializzazione» ad opera delle tecnologie e ancor più dell'avvento della rete⁶⁹. A ben vedere, piuttosto che il luogo in sé, a venire in causa è il conflitto di interessi, pubblici e privati, che la Costituzione reputa meritevole di riconoscimento attraverso l'art. 14⁷⁰. In tale prospettiva, una rilettura alla luce dell'innovazione tecnologica della norma costituzionale appare coerente con il progetto costituzionale volto a tutelare il nesso di strumentalità tra lo spazio privato e lo svolgimento della personalità individuale.

⁶⁶ P. BARILE - E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, cit., p. 862 ss.

⁶⁷ M. DELLA MORTE, *Art. 14*, cit., p. 347.

⁶⁸ Sarebbero elementi solo accidentali, seppur ricorrenti, la stabilità della destinazione a privata dimora (comprendendosi come domicilio anche qualsiasi mezzo di trasporto privato), l'abitudine del rapporto soggetto-ambiente (per questo non sono escluse le camere d'albergo), la volontarietà della destinazione (la tutela operando anche a favore di soggetti vincolati come il minore o il militare), l'*affectio familiaris* o *pax domestica*: cfr. P. BARILE - E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, cit., p. 862 ss.

⁶⁹ P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale. Salerno, 22-24 novembre 2012*, Napoli, 2014, p. 43.

⁷⁰ G. AMATO, *Commento all'art. 14*, p. 56.

Il contenuto della tutela offerta dall'art. 14 Cost. vive nella tensione verso l'area di garanzia offerta dalle due disposizioni costituzionali limitrofe: da una parte, l'art. 13 Cost. e la concezione del domicilio come «proiezione spaziale»⁷¹ o «spirituale»⁷² della persona o, altrimenti detto, degli stessi valori che stanno alla base della libertà personale⁷³; dall'altra, l'art. 15 Cost. e la valorizzazione della stretta connessione con la tutela della riservatezza della persona su quanto si compie in quello spazio⁷⁴. Se ne trae che la *ratio* dell'art. 14 Cost. è tutelare la sfera intima e riservata della persona proiettata in un determinato spazio dal quale si intende escludere o si sceglie se ammettere altri⁷⁵.

Questa duplice connessione, nella logica della continuità nella tutela, trova conferma nella giurisprudenza costituzionale: «strettamente collegata alla libertà personale», la libertà di cui all'art. 14 Cost. tutela il domicilio «come proiezione spaziale della persona, nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente: prospettiva che vale, per altro verso, ad accomunare la libertà in parola a quella di comunicazione (art. 15 Cost.), quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona»⁷⁶. La Corte ha dunque valorizzato entrambi i profili di tutela costituzionale del domicilio «come diritto di ammettere o escludere altre persone da determinati luoghi, in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo; e come diritto alla riservatezza su quanto si compie nei medesimi luoghi»⁷⁷.

Nonostante i giudici della Consulta non abbiano mai affrontato il tema del domicilio informatico, queste decisioni paiono offrire una concezione del domicilio capace di abbracciare nuove esigenze di tutela. Una indiretta apertura verso nuove forme di lesione del bene, e dunque verso nuove dimensioni del domicilio meritevoli di tutela, potrebbe essere rinvenuta, inoltre, nell'affermazione della Corte che ha ritenuto aperto l'elenco dei mezzi di prova attraverso cui la pubblica autorità può interferire nella libertà domiciliare⁷⁸.

⁷¹ A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 62.

⁷² F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1967, p. 112.

⁷³ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, p. 104.

⁷⁴ Sottolinea la connessione della tutela del domicilio con la libertà di comunicazione, quale «espressione di un più ampio diritto alla riservatezza della persona», R. CHIARELLI, *Domicilio: I) Libertà di domicilio*, in *Enciclopedia Giuridica*, XII, Roma, 1989, p. 4 ss.; analogamente, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 212 ss.

⁷⁵ Cfr. P. BARILE - E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, cit., p. 860.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 135 del 2002.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 149 del 2008.

⁷⁸ La formulazione dell'art. 14 Cost., infatti, tradizionalmente poneva il quesito della tipizzazione costituzionale delle interferenze ammesse nel domicilio. L'ammissibilità di forme di violazione diverse era negata da parte della dottrina e della giurisprudenza: in generale, per la necessaria stretta interpretazione delle eccezionali ipotesi limitative della libertà (cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 223; P. BARILE - E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, cit., p. 866; G. AMATO, *Commento all'art. 14*, cit., p. 62 ss.); in particolare, per il carattere "occulto" di queste specifiche violazioni. Nella sent. n. 135 del 2002, relativa come detto al mezzo delle

Anche il c.d. domicilio informatico potrebbe dunque essere inquadrato come un'ulteriore estrinsecazione dell'oggetto di tutela dell'art. 14 Cost., venuta in rilievo grazie alle nuove opportunità di manifestazione della personalità offerte dal progresso tecnologico e proiezione virtuale degli stessi valori che stanno alla base della libertà di domicilio⁷⁹: il rapporto tra la persona e il luogo nel quale essa proietta la propria individualità, nella società dell'informazione, vale anche per i luoghi virtuali nei quali, a ben vedere, si concretano le medesime esigenze di tutela.

Non a caso, l'estensione della tradizionale nozione fisica di domicilio alla «proiezione informatica dell'individuo»⁸⁰ intercetta la stessa istanza di protezione sottesa al «diritto all'integrità e alla riservatezza dei sistemi informatici» riconosciuto dal Tribunale Costituzionale tedesco⁸¹. Questo nuovo diritto è sorto proprio per proteggere «la vita personale e privata dei titolari dei diritti dall'accesso statale a dispositivi tecnologici di informazione, in particolare dall'accesso da parte dello Stato ai sistemi tecnologici di informazione nel loro complesso, non solo dunque per eventi di comunicazione individuale o memorizzazione dei dati»⁸². In tal senso, la decisione teutonica è un «chiaro esempio dell'impatto tecnologico ai fini della configurazione di un diritto fondamentale»⁸³. La strada per riqualificare in senso tecnologico l'armamentario tradizionale del costituzionalismo⁸⁴, però, non è necessariamente quella dello svelamento di nuovi diritti: come si è cercato di argomentare, sembra ancora utile il paradigma costituzionale e teoricamente possibile ricondurvi le attività dell'*homo technologicus*.

Lo statuto dei diritti costituzionali si distingue in relazione alle attività in cui si manifesta l'agire umano: il loro differente regime è indice di un diverso bilanciamento degli interessi in gioco⁸⁵, cui deve corrispondere uno specifico temperamento ad opera del legislatore. In tal senso, il rispetto della

videoriprese, i giudici costituzionali, in linea con la dottrina oggi prevalente, hanno ritenuto che quelli indicati nell'art. 14 Cost. non siano gli unici provvedimenti permessi, considerandoli piuttosto i soli provvedimenti ipotizzabili nell'epoca in cui è nata la Costituzione e valorizzando l'interpretazione sistematica che tiene conto della mancanza di una esaustiva tipizzazione costituzionale anche per il caso della libertà personale e di corrispondenza; sul piano qualitativo, poi, essi hanno ritenuto che non si potesse rinvenire una presa di posizione della Carta rispetto al carattere – palese od occulto – delle intrusioni stesse. Alcuni commentatori, però, hanno revocato in dubbio la ricostruzione della norma come fattispecie “aperta”, ritenendo sarebbe stato utile – e sufficiente – inquadrare le videoriprese proprio come intrusioni “occulte”, essendo quelle palesi le sole ipotizzabili dal legislatore Costituente: cfr. A. PACE, *Le videoregistrazioni “ambientali” tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, p. 1073.

⁷⁹ Parafrasando la già citata espressione utilizzata da A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., p. 104, nel valorizzare la libertà di domicilio come «proiezione spaziale degli stessi valori che stanno alla base della libertà personale».

⁸⁰ F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico”*, cit., p. 491.

⁸¹ C. PINELLI, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio*, cit., p. 82.

⁸² BVerfG, 27 febbraio 2008, trad. riportata da A. VENEGONI - L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca*, cit., p. 2.

⁸³ P. COSTANZO, *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T. E. FROSINI - O. POLLICINO - E. APA - M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017, p. 11.

⁸⁴ G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 6 ottobre 2011.

⁸⁵ P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 345.

riserva assoluta di legge comporta il divieto di applicazione analogica di una disciplina esistente per altre forme invasive, implicando al contempo la necessità di uno specifico intervento legislativo che individui l'imprescindibile sintesi tra i diritti della persona, da un lato, e tutela della sicurezza pubblica e individuale, e interesse alla prevenzione e repressione dei reati, dall'altro.

D'altra parte, il fatto che la Costituzione riconosca come rilevante un determinato conflitto tra beni non significa che il bilanciamento tra gli stessi sia univoco. Lo ha recentemente riaffermato la Corte costituzionale⁸⁶ a proposito dell'attuazione della riserva di legge *ex art. 15 Cost.* nella regolazione dei mezzi di ricerca della prova⁸⁷: il legislatore ben può scegliere di regolamentare diversamente tali mezzi, fissando un diverso punto di equilibrio tra diritti e contrapposti diritti e interessi costituzionali, anzi, «si tratta di delicate scelte discrezionali [...] che, come tali, rientrano a pieno titolo nelle competenze e nelle responsabilità del legislatore»⁸⁸.

Quando si tratta di accesso occulto della pubblica autorità a un sistema informatico privato, gli interessi in gioco sono tutti di livello costituzionale, ognuno tutelato da diverse fonti costituzionali e per il quale il conflitto con gli interessi securitari deve ricevere specifica soluzione. Il legislatore è tenuto a differenziare la regolamentazione in relazione alle diverse attività investigative che possono compiersi, poiché a seconda delle potenzialità lesive del provvedimento scatta l'una o l'altra copertura costituzionale. Recentemente, egli ha ottemperato alla riserva di legge in relazione ad una delle possibili attività private che il captatore informatico può invadere, tutelando parte dei contenuti comunicativi che lo stesso possa intercettare. Resta da farlo per le modalità investigative che vadano oltre l'intercettazione di comunicazioni, incidendo sul domicilio informatico e virtuale⁸⁹: se tali luoghi sono sussumibili nella nozione costituzionale di domicilio trovano tutela a prescindere dai contenuti e dall'attività che vi si svolge, e qualora non si rinvenga alcuna regolamentazione normativa per i provvedimenti invasivi di questa sfera privata resta la diagnosi di inammissibilità⁹⁰.

⁸⁶ Come sottolineato da M. RUOTOLO, *Regolazione dei mezzi di ricerca della prova e limiti al sindacato della Corte costituzionale (sentenza n. 20 del 2017)*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2017, p. 367 ss.

⁸⁷ Corte cost., sent. n. 20 del 2017, avente ad oggetto l'art. 266 c.p.p. nella parte in cui non consente l'intercettazione anche della corrispondenza postale quando questa non interrompa il corso della spedizione, nonché alcune norme dell'ordinamento penitenziario, posto che il caso riguardava la restrizione alla libertà di comunicazione di un detenuto.

⁸⁸ E che sono sindacabili sotto il profilo della legittimità costituzionale in relazione ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità: in relazione a ciò, il Giudice ha dichiarato l'infondatezza delle censure mosse.

⁸⁹ Con tutte le complessità che la stesura di una tale normativa incontra nell'assenza di una dimensione spaziale per i servizi web 2.0, nella circostanza che essi si prestano a svariati utilizzi nonché a cambiare finalità d'uso in corso d'opera, nella difficoltà di decifrare la volontà dell'utente di escludere i terzi, etc.

⁹⁰ La strada interpretativa offerta dal domicilio informatico avrebbe potuto fornire «un approdo meno interlocutorio dal punto di vista del fondamento costituzionale» anche alla Corte di cassazione nel decidere il caso *Scurato*, come suggerisce C. PINELLI, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio*, cit., p. 82: la compatibilità del ricorso al *trojan* con le garanzie costituzionali avrebbe potuto essere valutata in base a tale nozione, per stabilire



Di fronte allo spostamento dell'asse delle indagini penali dalla tradizionale sfera della repressione verso quella della prevenzione⁹¹, secondo una tendenza riconducibile a esigenze di contrasto alle minacce che derivano da organizzazioni criminali che dispongono a loro volta di sofisticate tecnologie, il contemperamento fra le esigenze investigative, che vorrebbero un rafforzamento dei poteri di controllo anche attraverso modalità occulte di raccolta delle informazioni con l'uso di strumenti di sorveglianza, e la garanzia dei diritti inviolabili appare ancora più urgente.

che, trattandosi di lesione della libertà di domicilio (informatico), la soluzione in quel caso andava cercata nella deroga all'art. 266, comma 2, c.p.p., che la legge prevede per i delitti di criminalità organizzata (la soluzione sarebbe stata la medesima, dunque, ma raggiunta percorrendo la via indicata dalla bussola costituzionale).

⁹¹ D. NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco*, in *Archivio penale*, 2016, p. 44 ss.