

Quaderni di

DIRITTO PENALE COMPARATO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

SECONDA SERIE

Collana diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara

**MOBILITÀ, SICUREZZA
E NUOVE FRONTIERE
TECNOLOGICHE**

a cura di

Vincenzo Militello e Alessandro Spina



**8 DIRITTO
PENALE COMPARATO**



G. GIAPPICHELLI EDITORE

Quaderni di

DIRITTO PENALE COMPARATO, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

SECONDA SERIE

Collana diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa, S. Seminara



8 DIRITTO
PENALE COMPARATO

La scienza penale è ormai collocata in un circuito culturale che travalica i confini degli Stati, a causa dell'internazionalizzazione del sapere giuridico, nonché dei nessi sempre più stretti tra le scelte dei legislatori e le decisioni dei giudici interni, sovranazionali, internazionali.

In ragione del sempre più frequente apporto plurilivello di formanti legislativi e giurisprudenziali, il diritto penale tende oggi a configurarsi come un sistema misto, a cavallo tra civil e common law. Ciò impone una diversa apertura rispetto a tradizionali approcci teorici, consuetudini interpretative e prassi applicative.

Attraverso la pubblicazione di saggi, monografie e manuali in lingua italiana o inglese, la collana intende approfondire la materia penale in una prospettiva attenta al raffronto tra dottrine e sistemi giuridici diversi, ovvero alle problematiche poste dall'interazione tra fonti di provenienza eterogenea.

L'individuazione di tre principali direttive d'indagine – la comparazione nelle discipline penalistiche, il diritto penale internazionale e il diritto penale europeo – vale semplicemente a evidenziare una più ampia e aggiornata dimensione di studio della questione criminale.

MOBILITÀ, SICUREZZA E NUOVE FRONTIERE TECNOLOGICHE

a cura di

Vincenzo Militello e Alessandro Spina



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1815-7



With the support of the Erasmus + programme of the European Union.

Con un contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

pag.

Introduzione

Vincenzo Militello, Alessandro Spena

- | | |
|--|---|
| 1. Le sfide attuali del sistema penale fra impegno di ricerca e nuovi percorsi didattici | 1 |
| 2. Struttura e lineamenti del libro | 3 |
| 2.1. <i>La mobilità della persona straniera migrante</i> | 3 |
| 2.2. <i>Sicurezza, terrorismo e le mutevoli vie della prevenzione</i> | 5 |
| 2.3. <i>Progresso tecnologico e trasformazioni del sistema penale e processuale penale</i> | 6 |
| 3. Struttura e lineamenti del libro | 7 |

Parte I

La mobilità della persona straniera migrante

The Criminalisation of Human Smuggling as Preventive Justice

Valsamis Mitsilegas

- | | |
|--|----|
| 1. Introduction | 11 |
| 2. Human Smuggling as Organised Crime | 12 |
| 3. Human Smuggling as Humanitarian Crime | 16 |
| 4. Human Smuggling as a Crime against Humanity | 21 |
| 5. Human Smuggling and the Prevention of Irregular Entry | 25 |
| 6. Conclusion – Preventive Justice and the Shaky Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling | 29 |

La mobilità delle persone nel Mediterraneo:
migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia

Vincenzo Militello

1. Il tema delle migrazioni in Italia fra vecchio e nuovo	31
2. Il contesto attuale del fenomeno	33
3. Le contraddizioni nell'approccio pubblico al tema: il caso delle migrazioni via mare	36
4. Necessità di un riordino teorico della rilevanza penale del migrante irregolare	38
5. Il versante dell'accoglienza del migrante fra diritti, doveri e limiti	42
6. Il versante del contrasto: quale ruolo per il diritto penale?	44
7. Interventi di soccorso in mare e tentazioni penalistiche	50
8. Spunti conclusivi di politica criminale	59

Migrazione e Diritto penale in Spagna

Manuel Cancio Meliá

1. Introduzione	61
2. "Diritto penale" del nemico come criterio di analisi	70
3. Il Diritto penale spagnolo dell'immigrazione: "Diritto penale del nemico"	74

Mobilità dei reati nello spazio transfrontaliero
e nuovi confini delle norme penali:
verso una giurisdizione "a geometria variabile"?

Salvatore Orlando

1. Il contesto: Lo spazio transfrontaliero	79
2. La validità della legge penale nello spazio (transfrontaliero)	83
3. Tendenze verso l'estensione unilaterale della giurisdizione nella recente giurisprudenza	88
4. La crisi della territorialità nei reati transnazionali	92
5. Alla ricerca di una giurisdizione "no razione imperi, sed imperio rationis". I tentativi europei	100
6. Rilievi conclusivi	106

pag.

L'espulsione del migrante e la "*materia penale*"
tra punizione e prevenzione

Licia Siracusa

1. Premessa	109
2. I molti volti dell'espulsione dello straniero	114
3. L'espulsione amministrativa dello straniero irregolare al vaglio dei criteri "Engel"	119
3.1. <i>L'espulsione amministrativa al vaglio dei criteri "Engel e dintorni"</i>	124
4. L'espulsione come sanzione sostitutiva e come misura alternativa al vaglio della nozione "convenzionale" di materia penale	129
4.1. <i>L'espulsione sostitutiva e la nozione costituzionale di materia penale</i>	131
5. L'espulsione come misura di sicurezza	134
5.1. <i>L'espulsione come misura di sicurezza al vaglio delle diverse nozioni di materia penale</i>	136
6. L'espulsione dello straniero è una pena mascherata?	138

L'"impazienza del legislatore" dinanzi
alle moderne sfide securitarie:
il caso della tratta di persone

Riccardo Ercole Omodei

1. Considerazioni introduttive sul fenomeno	143
2. La criminalità organizzata in materia di tratta di persone	146
3. L'azione di contrasto nel panorama europeo	148
4. L'art. 601 c.p. tra istanze sovranazionali ed esigenze della prassi	152
5. I rischi dell'indeterminatezza del dolo specifico	155
5.1. <i>Le pressioni securitarie nel panorama multilivello: l'esperienza portoghese</i>	164
6. Osservazioni conclusive	166

El delito de trata de personas en España

Celia Díaz Morgado

1. Introducción	169
-----------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Delito de trata de personas en España: Precedente immediato	171
3. El actual delito de trata de seres humanos	173
4. El delito de trata de seres humanos: Subtipos agravados	177
5. Penología y relaciones concursales	179
6. Exención de responsabilidad penal para la víctima de trata	180
7. Consideraciones finales	182

Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità
nella protezione delle persone migranti

Elisa Cavasino

1. Uno sguardo d'insieme	185
2. Le crisi migratorie e l'onda lunga del populismo nei sistemi politici nazionali contro la ricerca dell'equilibrio fra diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità	189
3. Dopo Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il rafforzamento del principio di solidarietà fra Stati	192
4. La ricerca dell'equilibrio: il contributo del costituzionalismo. L'esperienza italiana: diritti, solidarietà, responsabilità e sicurezza	198

Parte II

Sicurezza, terrorismo
e le mutevoli vie della prevenzione

Sorveglianza, indagati e diritti fondamentali:
sfide nella lotta al terrorismo in UE

Lorena Bachmaier Winter

1. Introduzione	209
2. Indagati e 'soggetti pericolosi': le sfide attuali	212
3. Sicurezza nazionale e sorveglianza nella giurisprudenza della Corte Edu	215
4. Sorveglianza, prevenzione e procedura penale	219
5. Misure preventive di natura amministrativa nei confronti degli indagati e protezione dei loro diritti	222
6. Conclusioni	227

pag.

The challenges and future of data retention in the EU:
where to after Tele2 and Watson?

Francesca Galli

- | | |
|---|-----|
| 1. Introduction | 229 |
| 2. Requirements of a possible new data retention instrument and compliance with privacy and the protection of personal data | 231 |
| 2.1. <i>The CJEU's requirements in Digital Rights Ireland and Schrems</i> | 232 |
| 2.2. <i>Targeted data retention? Tele2 and Opinion 1/2015</i> | 238 |
| 2.3. <i>Relevant case-law of the Strasbourg Court</i> | 243 |
| 3. Interplay with the negotiation of the data protection package | 244 |
| 4. Concluding remarks | 247 |

“Io ho ragione; tu sei morto!”
Su terrorismo e radicalizzazione

Alessandro Spina

- | | |
|---|-----|
| 1. Terrorismo: politica e cultura | 249 |
| 2. Radicalismo | 253 |
| 3. Radicalizzazione | 255 |
| 4. La piramide terroristica: radicalizzazione cognitiva, radicalizzazione comportamentale e passaggio alla violenza | 260 |
| 5. Radicalizzazione e limiti della prevenzione coercitiva | 265 |
| 6. De-radicalizzazione, contro-radicalizzazione, disimpegno: tre strategie a confronto | 267 |
| 7. Panacee? | 269 |

Al di là del diritto penale: *exit strategy* dalla radicalizzazione

Rosaria Crupi

- | | |
|---|-----|
| 1. Le strategie non repressive di contrasto alla radicalizzazione <i>jiha-dista</i> | 273 |
| 2. Dai modelli sociologici della radicalizzazione <i>jihadista</i> allo spazio di intervento del diritto penale | 274 |
| 3. Contro-narrazione tramite il diritto penale | 277 |
| 4. La tutela delle donne come strumento contro la radicalizzazione. Obiezioni al multiculturalismo | 279 |

Prevenzione del finanziamento al terrorismo
e congelamento dei capitali

Marta Palmisano

- | | |
|--|-----|
| 1. Introduzione | 287 |
| 2. Il finanziamento al terrorismo: evoluzione normativa | 290 |
| 3. Registrazione nelle liste antiterrorismo e misure di congelamento dei capitali | 293 |
| 4. Applicazioni giurisprudenziali: le vicende “Kadi I” e “Kadi II” | 301 |
| 5. L’estensione al terrorismo degli strumenti di prevenzione antimafia. Il d.lgs. n. 159/2011 | 305 |
| 6. Cenni sulla responsabilità degli enti in materia di finanziamento al terrorismo: profili problematici | 307 |
| 7. Conclusioni | 312 |

Le strategie di contrasto al finanziamento del terrorismo
alla prova dei diritti dell'individuo

Simona Vitale

- | | |
|--|-----|
| 1. Introduzione | 315 |
| 2. Brevi osservazioni sulle fonti e sui canali di finanziamento | 318 |
| 3. <i>Counter-terrorism financing</i> (CTF) e <i>Anti-Money Laundering</i> (AML) | 322 |
| 4. La criminalizzazione del finanziamento al terrorismo: la disciplina italiana | 330 |
| 5. Considerazioni conclusive | 338 |

Parte III

Progresso tecnologico e trasformazioni del sistema penale
e processuale penale

Responsabilità giuridica e politica della Procura Europea
nell’esercizio dell’azione penale e nello svolgimento
delle indagini: l’asimmetria dei controlli condivisi

John Vervaele

- | | |
|-----------------|-----|
| 1. Introduzione | 344 |
|-----------------|-----|

	<i>pag.</i>
2. Sistema di controllo condiviso tramite l'EPPO: il quadro istituzionale	346
2.1. <i>La cornice dei trattati</i>	346
2.2. <i>La Proposta di Regolamento che istituisce l'EPPO</i>	346
2.3. <i>La disciplina normativa in merito alle competenze per i reati e le sanzioni (dimensione sostanziale)</i>	349
2.4. <i>La legge relativa alla definizione e agli scopi dei poteri di controllo (dimensione procedurale)</i>	351
3. Conseguenze giuridiche per la responsabilità politica e giudiziaria	353
3.1. <i>Responsabilità giudiziaria dell'EPPO</i>	353
3.1.1. <i>Inquadramento del problema</i>	353
3.1.2. <i>Le proposte dell'EPPO e la responsabilità giuridica nelle indagini preliminari</i>	355
3.1.2.1. <i>La proposta della Commissione</i>	355
3.1.2.2. <i>Il testo provvisorio del Consiglio del luglio 2016</i>	356
3.2. <i>La responsabilità politica dell'EPPO</i>	358
3.2.1. <i>Inquadramento del problema</i>	358
3.2.2. <i>Le proposte in tema dell'EPPO ed il problema della responsabilità politica nei procedimenti pregiudiziali</i>	361
3.2.2.1. <i>La proposta della Commissione</i>	361
3.2.2.2. <i>La Proposta provvisoria del Consiglio del luglio 2016</i>	362
4. Spunti conclusivi sulla responsabilità giudiziaria e politica dell'EPPO	364
4.1. <i>La responsabilità giudiziaria</i>	364
4.2. <i>La responsabilità politica</i>	366

Atipicità e sistemi probatori:
linee per una fenomenologia generale

Giuseppe Di Chiara

1. Esercizio di potere, conoscere giudiziale e atipicità probatorie: uno sguardo introduttivo	371
2. Progresso tecnologico, plasticità del diritto processuale e modernità liquida	373
3. Prove liquide. Meccaniche dei flussi e fenomenologie dell'atipicità probatoria: modellistiche	376
4. <i>Looking around</i> : tecnologie avanzate e atipicità nei sistemi probatori. Sguardi	378

	<i>pag.</i>
5. Incompiutezze. Fenomenologie del captatore informatico: tra tecnologia ed esperienza giudiziaria	381
6. Labirinti. Per Susanna Crispino	389

**L'ascolto occulto delle conversazioni
tra atipicità e illiceità probatoria**

Paola Maggio

1. I contorni sistematici dell'ascolto occulto delle conversazioni tra presenti	391
2. Una prova documentale dai tratti peculiari	397
3. I presidi costituzionali e convenzionali	403
4. Atipicità probatoria o prova illecita?	407
5. La 'voracità' del captatore informatico tra prassi e legge	413
6. Le frontiere mobili dell'inutilizzabilità	417

**Nuovi scenari nell'accesso transfrontaliero
alla prova "elettronica"**

Annalisa Mangiaracina

1. Introduzione	421
2. Due nuovi "ordini" europei per acquisire la prova elettronica	424
3. Verso un "aggiornamento" della Convenzione di Budapest	433
4. La nuova disciplina americana: il CLOUD Act	437

**Perquisizioni *on-line*:
un fenomeno sfuggente e in continua evoluzione**

Lucia Parlato

1. Premessa	441
2. Il panorama dei principi fondamentali coinvolti	445
3. Incertezze ermeneutiche e margini di atipicità della fattispecie	450
4. Uno sguardo alla disciplina tedesca	456
5. Qualche riflessione conclusiva	461

pag.

Riservatezza informatica e sicurezza informatica
quali nuovi beni giuridici penalmente protetti

Roberto Flor

1. Premessa	463
2. La tutela penale della riservatezza informatica in Italia: un nuovo bene giuridico da tenere distinto dalla riservatezza personale	466
3. Riservatezza informatica, <i>Recht auf informationelle Selbstbestimmung</i> e <i>Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme</i> : un approccio comparato	471
4. Indagini ad alto contenuto tecnologico e l'invasione nei diritti fondamentali: la rilevanza dell'area informatica di espansione della personalità e dell'interesse alla integrità di dati e di sistemi	475
5. Rilievi conclusivi	479
 <i>Elenco degli autori</i>	 483

Atipicità e sistemi probatori: linee per una fenomenologia generale

Giuseppe Di Chiara *

Sommario: 1. Esercizio di potere, conoscere giudiziale e atipicità probatorie: uno sguardo introduttivo. – 2. Progresso tecnologico, plasticità del diritto processuale e modernità liquida. – 3. Prove liquide. Meccaniche dei flussi e fenomenologie dell’atipicità probatoria: modellistiche. – 4. *Looking around*: tecnologie avanzate e atipicità nei sistemi probatori. Sguardi. – 5. Incompiutezze. Fenomenologie del capatore informatico: tra tecnologia ed esperienza giudiziaria. – 6. Labirinti. Per Susanna Crispino.

1. Esercizio di potere, conoscere giudiziale e atipicità probatorie: uno sguardo introduttivo

Il conoscere giudiziale – aveva segnalato Massimo Nobile, tracciando la sintesi preziosa di un cantiere di riflessione disteso lungo quasi un quarto di secolo – implica definitivamente esercizio di potere¹: non solo la dinamica delle prerogative del giudice – l’*in medio cognoscens* del folgorante affresco irneriano – ma l’intera sintassi dell’accertamento giudiziale è geneticamente intrisa di modulazioni di potere, volta a volta declinate secondo modalità che l’ordinamento si fa carico di forgiare e che offrono, nel loro progredire storico, cartine di tornasole del concreto modellarsi delle dialettiche tra autorità e libertà.

Già Pindaro, nel celebre frammento 169, aveva tracciato, con sublime potenza evocativa, i rapporti tra *Bia* e *Dike*: *Bia*, che è energia vitale, si fa

* Ordinario di Diritto processuale penale, Università di Palermo.

¹ M. NOBILI, *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, p. 381.

strumento per realizzare obiettivi di giustizia², ma va incanalata entro argini, altrimenti esploderebbe incontrollata come energia scomposta: perché sia posta in grado di realizzare *Dike*, *Bia* va fatta fluire secondo le forme del diritto; sicché è *Nomos* che realizza la mediazione tra *Bia* e *Dike*, consentendo a *Dike* di venire in esistenza come porto di approdo.

In chiave lucidamente più prosaica, Francesco Carrara, nelle limpide intavolature del *Programma*, aveva da par suo ripreso la cornice del mito, riplasmandola – per dir così – con laicità calligrafica: «intuito degli ordinamenti procedurali» – aveva scritto, in uno dei valichi più noti della trattatistica del secondo ottocento – «è di frenare la violenza dei magistrati»³. Il conoscere giudiziale implica, dunque, esercizio di potere; spetta al diritto processuale – e, anzitutto, alle dimensioni di *law of evidence* – incanalare quel potere entro dispositivi di garanzia strumentali al conseguimento di finalità di giustizia.

Nella tradizione moderna e postmoderna di *civil law*, i paradigmi probatori, le modellistiche positive, il sistema della legalità della prova, incarnano, dunque, in chiave primaria, il carrariano «frenare la violenza dei magistrati», nell'ottica dei rapporti tra autorità e libertà tipici dello Stato democostituzionale.

Proprio allo scopo di incrementare i presidi di tutela propiziando recuperi di garanzia, si era affermata, in epoca di bulimie del libero convincimento come «vorace potenza superlogica»⁴, l'esistenza di un principio di tassatività dei mezzi di prova⁵, che trovava, d'altronde, esplicita consacrazione, nel primo cantiere di compiuto ridisegno del sistema codicistico, nell'art. 179, prog. prel., c.p.p. 1978.

Il codice del 1988 ha, sul tema, come è noto, forgiato una diversa e più matura scelta strategica, il cui asse – per dir così – metodologicamente costituzionale è offerto dai profili statuari posti dall'art. 189 c.p.p.: il giudice può ammettere, a richiesta di parte, prove non disciplinate dalla legge, purché risultino osservate le garanzie epistemiche, le tutele inviolabili della persona e le sequenze procedimentali ivi scandite⁶.

² Per i riferimenti essenziali e perspicue notazioni cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, p. 37, e G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, p. 29.

³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, vol. II, 5^a ed., Tip. Giusti, Lucca, 1877, Sez. III, *Del giudizio criminale*, § 814, p. 338.

⁴ La nota formula è di F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 229 ss.

⁵ Per una compiuta aratura delle questioni coinvolte cfr., per tutti, E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982.

⁶ Sulle problematiche poste dall'art. 189 c.p.p. cfr., tra gli altri, gli scandagli di ampio

Non esiste, invece, un *pendant* dell'art. 189 c.p.p. per la fase delle indagini: parrebbero, dunque, sempre ammesse indagini atipiche, in forza del principio di fluidità delle forme investigative, ma ciò pone un complesso imponente di problemi iscrivibili, ancora una volta, nell'economia dei rapporti tra autorità e libertà⁷. La fluidità degli strumenti investigativi si mostra, perciò, assai più incisiva della fluidità dei *pattern* probatori: ciò deriva anzitutto dalla circostanza che il legislatore ha, per tradizione, ritenuto di tipizzare solo alcuni schemi di indagine, dedicandovi discipline apposite in quanto direttamente incidenti su diritti fondamentali della persona. Così è, ad esempio, per l'interrogatorio o gli accertamenti tecnici, ma non anche per i pedinamenti e gli appostamenti, da sempre ben noti nella pratica di polizia giudiziaria, eppure mai tipizzati. Si tratta, d'altronde, di snodi che dischiudono vie di accesso ad aree più complesse: così, ove ci si riferisca ai pedinamenti digitali, risultano evidenziati ben più cospicui aspetti problematici, anzitutto attinenti al magma della protezione dei dati personali, materia dotata di ascendenza costituzionale diretta.

Accenti ulteriori connotano, infine, il diverso distretto dei mezzi di ricerca della prova: per essi, se da una parte si pone un'esigenza di regole di tipicità statutaria per più aspetti assimilabile agli omologhi caratteri dei mezzi probatori *stricto sensu*, dall'altra si evidenziano, anzitutto nella prassi, spinte di fluidificazione delle modellistiche, specie in ordine alle fattispecie più esposte agli impatti tecnologici; i perimetri degli accessi ai flussi comunicativi riservati – che interessano anzitutto il nucleo delle intercettazioni, esercitando, tuttavia, pressioni sui loro confini esterni – sagomano, in tal senso, il più problematico degli ambiti coinvolti.

2. Progresso tecnologico, plasticità del diritto processuale e modernità liquida

Nell'attuale dibattito pubblico, fa ormai parte del patrimonio di consapolezze comuni il ben noto paradigma interpretativo della società li-

respiro di M. NOBILI, Sub *Art. 189*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 397 ss., nonché A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, *Prove e misure cautelari*, tomo I, *Le prove*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2009, p. 25 ss., e P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2^a ed., Milano, 2014, p. 196 ss.

⁷ Sull'universo degli strumenti investigativi atipici cfr., per tutti, AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2014, e in specie, per un ricco quadro degli snodi problematici di sistema, la *Premessa* di A. SCALFATI (ivi, p. XV ss.).

quida elaborato da Zygmund Bauman: una società – ha scritto Bauman – può essere definita liquido-moderna «se le situazioni in cui agiscono gli uomini si modificano prima che i loro modi di agire riescano a consolidarsi in abitudini e procedure»⁸.

Il paradigma della liquidità pervade, con le accelerazioni tipiche della fisica della propagazione dei fluidi, l'interezza del tessuto sociale: tutt'altro che immune ne è l'esperienza giuridica e, in specie, quella processuale, i cui caratteri di osmotica adattabilità al contesto, pur se possono dirsi strutturali, hanno assunto, per induzione, nel più recente scorcio, versatilità circolari ancor più accentuate.

Il tema, cruciale nella chiave di ogni tentativo di rilettura della partitura dell'atipicità probatoria, merita qualche più laborioso indugio.

Nel dibattito sui c.d. concetti valvola si è soliti richiamare la limpida lezione di Vittorio Polacco sulla fisiologia tessutale dell'ordinamento e sul ruolo svolto, nel *network* dei suoi gangli nervosi, da dispositivi osmotici di interscambio che il maestro patavino indicava come *organi respiratori* del sistema: nel cuore di un affresco memorabile di inizio novecento, Polacco osservava che «sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, si che si adattano con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda»⁹. Veniva, così, limpidamente tracciata la diagnosi di un fondamentale modo d'essere dell'esperienza giuridica: si faceva luce, attraverso pochi esemplari tratti, su uno tra i più significativi congegni di funzionamento del sistema.

In termini per molti aspetti più accentuati che in ulteriori branche dell'esperienza giuridica, il diritto processuale può, su queste orme, rappresentarsi secondo la modellistica del sistema poroso: qui si colloca la sua forse più importante risorsa, consistente – potrebbe, in prima battuta, rimarcarsi – nella sua capacità plastica di interagire con il *novum* insito in ogni esperienza della vita con cui esso entri in dialogo. Sarebbe, invero, ingenuo rappresentare il sistema processuale come semplicistica giustapposizione di modelli comportamentali vincolanti di carattere statico, immobile tetragono cui l'esperienza vitale sia tenuta ad adeguarsi; è palese, al contrario, come il sistema, in virtù della plasticità che lo informa, muti continuamente nel suo dialogare con la vita. Del resto, il carattere di plasticità individua proprio la risorsa cruciale della capacità adattativa del sistema, che si mostra, nella sua stessa essenza, come esperienza di un

⁸ Z. BAUMAN, *Vita liquida* (2005), Bari, 2006, p. VII.

⁹ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale* (1908), in ID., *Opere minori*, Parte I, *Problemi di legislazione*, Università degli Studi di Modena, Modena, 1928, p. 60.

progredire continuo, che coinvolge l'intera filiera istituzionale nella sua fisionomia multilivello: le cornici valoriali di struttura costituzionale, le norme primarie che quelle cornici coagulano in scelte modellistiche generali e astratte, il *case law* nella sua complessità, costituito anche attraverso dialoghi tra Corti e tra ordinamenti.

Nigher Thrift, pur a ben altro proposito, alludeva alla formazione di isole di adattabilità superiore, in un mondo percepito come «complesso, proteiforme e in rapido movimento, e dunque 'ambiguo', 'incoerente' o 'plastico'»¹⁰: è la descrizione suggestiva di ciò che fenomenicamente accade in ogni ipotesi in cui il sistema processuale, chiamato a metabolizzare l'irrompere di un *novum* che bussava alle sue porte chiedendo di essere riconosciuto e tutelato, attiva tutte le proprie potenzialità adattative, cooperando all'implementazione di nuovi equilibri.

Ciò posto, è palese come l'irrompere, nella vita del diritto processuale, del *novum* cui si sta alludendo è anzitutto causato dall'incessante progresso tecnologico e dallo strutturale non-isolamento del sistema giuridico: è lo sviluppo tecnologico a porgere e, insieme, a richiedere risorse sempre nuove, incidendo – ora come fattore di crescita, ora come potenziale occasione di crisi – sull'effettività della tutela dei diritti nel processo.

Converrà, allora, brevemente riepilogare. Il progredire dello sviluppo tecnologico si riverbera in incursioni della vita nel sistema poroso del diritto processuale: le esigenze inedite continuativamente poste dal *novum* tecnologico 'sfidano' il sistema, 'provocandolo' nella sua capacità adattativa che lo pone in grado di 'processare' il nuovo. *Novum* e innovazione tecnologica costituiscono, del resto, al cospetto del diritto processuale, un dittico inscindibile: ogni innovazione tecnologica costituisce un *novum* che, ove entri in contatto con gli equilibri gravitazionali del diritto processuale incidendo sulla sua entropia, determina uno stato di disordine imprevedibile, che pone problemi inediti e bussava alla porta del processo sfidandolo a secernere una necessitata soluzione: la quale darà corso a un nuovo stato di entropia, che dal disordine maturi verso un 'superiore' – in quanto 'successivo' – stato di ordine rinnovato, in attesa della successiva incursione di un ulteriore *novum*, sfociando in un inarrestabile moto a *loop*.

Va chiarito che tra tecnologia e diritto processuale corrono fasci vettoriali complessi, che danno vita a flussi dal moto circolare. V'è, anzitutto, un movimento vettoriale che dalla tecnologia si riversa sul processo: l'esperienza processuale – lo si è visto – costituisce la conca in cui irrompono le variazioni delta dello sviluppo tecnologico, che possono, per ap-

¹⁰ N. THRIFT, *The Rise of Soft Capitalism*, in ID., *Knowing Capitalism*, London, 2005, p. 33.

prossimazione, dirsi continue. V'è, poi, un movimento vettoriale opposto, che dal processo muove verso la tecnologia: l'esperienza processuale, valorizzando la propria struttura tessutale porosa, reagisce alla 'sfida' del progresso tecnologico, attivando adeguamenti che, a loro volta, si riversano sui distretti tecnologici e incidono sulle fisionomie dei gangli di interscambio; è *Nomos* – lo si è dapprima visto – che, interponendosi tra *Bia* e *Dike*, coagula in *output* le risorse di plasticità del sistema.

L'adeguamento del diritto processuale al fluire della tecnologia è, d'altronde, reso possibile secondo canali modulari diversificati. Il metodo più semplice parrebbe, *prima facie*, essere costituito da interventi normativi apposti, attraverso il conio di nuove regole generali: è, tuttavia, agevole avvedersi che tale via 'lunga' evidenzi non lievi controindicazioni, comportando tempi tecnici dilatati e rischiando, d'altronde, di non essere in grado di tenere il passo rispetto al progredire continuo degli sviluppi tecnologici. L'innovazione normativa occorre, perciò, sia affiancata da più flessibili valvole di adeguamento, che garantiscano tempestività di *feedback* nelle reazioni di sistema: è il caso – anche a ciò più sopra si accennava – delle clausole generali che fungono da organi respiratori dell'ordinamento, incardinante su *Wertbegriffe* (concetti di valore) e, dunque, su tassonomie valoriali di ampia portata, che operano grazie alle risorse dell'interpretazione valorialmente orientata, secondo le ormai multilivello *Grundnormen* di sistema (Costituzione, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vissuti nella loro dimensione di *living instruments* e, pertanto, completati dal pertinente *case law*).

3. Prove liquide. Meccaniche dei flussi e fenomenologie dell'atipicità probatoria: modellistiche

Il paradigma della liquidità si rivela prezioso ai fini dello studio della più importante declinazione di *trend* della società liquida sul versante processuale: può adoperarsi il modello concettuale della prova liquida per designare la tendenza a una liquefazione della rigidità dei modelli probatori nel loro impatto con la prassi.

Sotto il profilo fenomenologico, sono individuabili due ordini di meccaniche apparentemente contrapposti ma in realtà complementari, che sfociano, infine, anche in questo caso, in un *continuum* di respiro circolare.

A fronte dell'irruzione di nuove tecnologie nei trapezi dell'accertamento penale, la prassi evidenzia, anzitutto, l'insorgere di entropie che

mirano a sfuggire, per forza centrifuga, dalle ‘gabbie’ delle prove e dei mezzi di ricerca della prova oggetto di tipizzazione normativa. Le cause generali del fenomeno sono molteplici, e l’osservazione degli affreschi storici ne offre riscontri puntuali: talune naturali spinte antiformalistiche si sono, talora, coagulate in bulimie onnivore del libero convincimento in veste reattiva, *output* di vissuti di sistema in chiave di senso di soffocamento rispetto al principio di legalità della prova sofferto come imposizione mal tollerata¹¹; ma, al di là di talune patologie disseminate nei solchi della storia, le istanze antiformalistiche intradate nelle dimensioni della prova e della ricerca probatoria assumono cadenze fisiologiche lid-dove siano frutto dell’ingresso, nell’agone del processo, attraverso le pareti porose del diritto processuale, di nuove tecnologie, preziose ai fini dell’accertamento giudiziario, di cui il sistema non era in grado, in precedenza, di tener conto poiché esse, all’epoca del coagulo dei formanti probatori tipici, non erano ancora venute in esistenza.

Accanto alle spinte antiformalistiche, volte al superamento degli steccati della tipicità attraverso moti centrifughi, si registra, d’altronde, il fenomeno *prima facie* opposto dell’aspirazione naturale, da parte – per dir così – di un atipico stabilizzato, al coagulo di una forma rassicurante, che metta il nuovo orizzonte al riparo da una liquidità problematica: la nuova modellistica di accertamento, la cui anima inizialmente inedita si sia, in progresso di tempo, stratificata nella prassi, può di seguito aspirare a ottenere una stabilizzazione normativa, che ne propizi l’uscita dal limbo liquido del ‘non scritto’ attraverso una ‘regolarizzazione’ atta a trasformarla da «sistema di esperienza» in sistema normativo¹².

È agevole intuire come i due moti vettoriali non possano superficialmente inventariarsi come *tout court* contrapposti, quasi compendiassero fotogrammi statici tra loro separati: essi non di rado costituiscono, piuttosto, sotto il profilo dinamico, scansioni interne di un medesimo fenomeno circolare. Le situazioni che l’esperienza registra si riferiscono, invero, a un iniziale decollo, in cui l’irruzione della nuova tecnologia nell’agone processuale spinge verso paradigmi operativi innovativi, capaci di sfuggire giustificatamente alle gabbie del formalismo progressivo; una volta, poi,

¹¹ Cfr., sul punto, per tutti, M. NOBILI, *Storia d’una illustre formula: il libero convincimento negli ultimi trent’anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 ss., nonché E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, ivi, 1999, p. 3 ss.; ID., *Verso una storia della legalità penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, p. 11 ss.; ID., *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 19 ss.

¹² Sulla nozione di «sistema di esperienza» cfr., sul piano teorico-generale, gli acuti rilievi di E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 572.

che l'atipicità sia stata metabolizzata dalla prassi, il sistema talora preme verso spinte convergenti di tipicizzazione dell'atipico, nella cui fisionomia il coagulo normativo dell'esperienza sostanzia una sorta di precipitato chimico della stratificazione della prassi, volto a rassicurare il *parterre* degli operatori circa l'intervenuto accreditamento dell'antico atipico ormai, così, tipicizzato.

L'officina della prassi diviene, dunque, un effervescente laboratorio di sperimentazione *bottom up*, in cui gli operatori – per dir così – prendono le misure, testano prodotti nuovi, in un ambiente presidiato da coordinate generali e non (ancora) occupato da modelli ingabbiati, artificialmente imposti secondo catene di produzione *top down*: la prassi diviene, così, una sorta di galleria del vento, attrezzando laboratori che orientano smusature di angoli, revisioni ingegneristiche, correzioni di rotta. Ciò avviene in un ambiente libero da gabbie ingessanti, che, tuttavia, non sostanzia affatto uno “spazio vuoto di diritto”: si tratta, piuttosto, di perimetri presidiati da assi valoriali di sistema, ai cui tessuti connettivi alludono i requisiti ‘costituzionali’ posti dall’art. 188 c.p.p.

4. *Looking around*: tecnologie avanzate e atipicità nei sistemi probatori. Sguardi

L'esempio forse più prezioso, idoneo a mostrare i tratti del fenomeno che si è appena studiato, è oggi offerto dalle vicende sinusoidali del captatore informatico: strumento dapprima adoperato dalla prassi, di seguito ‘processato’ in giurisprudenza fino al noto arresto delle Sezioni Unite del 2016, poi normato dalle novelle del 2017, da ultimo respinto – nell'alveo multicolore della manovra “milleproroghe” del 2018 – in una sorta di limbo artificiale, di tempo sospeso, con prospettive rese artificialmente incerte¹³: il captatore informatico offre, dell'appena descritto moto circolare delle fughe dalla tipicità e delle successive aspirazioni a una nuova tipicità stabilizzante, il paradigma più istruttivo, tramato di fantasia ed estro investigativo, di capacità regolatrice di pur polemogeni dibattiti, di manovre giurisprudenziali di *distinguishing*, di coaguli normativi di origine giurisprudenziale, di reflussi. Ed è il tema dei rapporti tra tecnologie e atipicità negli agoni probatori che viene, qui, vistosamente in rilievo, con tutte le sue peculiari pigmentazioni cromatiche.

Volgere uno sguardo intorno prima di affrontare, in chiave fenomeno-

¹³ Per ragguagli ulteriori sui tornanti di questo itinerario v. *infra*, § 5.

logica, una breve rilettura di queste vicende, può evidenziare prospettive di grande interesse.

La serie televisiva *Black Mirror*, prodotta da Charlie Brooker per Endemol, distribuita da Channel 4 e, a muovere dalla terza stagione, da Netflix, è ambientata, come è noto, in un futuro distopico e sviluppa tematiche legate alle nuove tecnologie e ai loro impatti destrutturanti sulla vita e sui rapporti umani: la denominazione della serie allude allo schermo nero dei monitor che, a partire dagli *smartphone*, pervadono le nostre vite. *Crocodile*, il terzo episodio della quarta stagione¹⁴, affronta il tema visionario delle tecnologie avanzate in grado di scansionare i ricordi e dei varchi di accesso a dati registrati nella memoria altrui – in una rete di memorie altrui, umane e non: accanto allo *scanning* di memorie umane l'episodio annovera, ad esempio, la scansione della memoria di un porcellino d'India – allo scopo di accertare processualmente un reato. *Crocodile* immaginificamente mostra come lo *scanning* dei dati di memoria immagazzinati nelle corteccie cerebrali di esseri viventi sia risorsa preziosa sul piano investigativo, ma traboccante di effetti collaterali oscuri: la protagonista, Mia Nolan, architetto di successo, avviluppata dal caso fortuito in una rete di contaminazioni cognitive di dettagli per lei pericolosi che affondano le loro radici nelle pieghe di un episodio oscuro del suo remoto passato, allo scopo di ottenere per sé un salvacondotto di impunità si trasforma in implacabile assassina a raggiera.

Ma non è solo questione di suggestioni, pur potenti, ascrivibili a orizzonti di *Law and Literature*: uno sguardo a dispositivi concretamente esistenti e agevolmente accessibili a chiunque sul mercato rivela scenari non meno sinistramente suggestivi delle narrazioni visionarie di *Black Mirror*.

Come è noto, *Amazon Echo* è uno *smart speaker* che funge da *hub* di *internet of the things*: un cilindro *smart*, disponibile in una pluralità di colori, dotato di un sistema di riconoscimento vocale e di un *set* di sette microfoni che fanno da interfaccia d'ambiente e collegano il dispositivo ad *Alexa*, l'assistente virtuale in grado di rispondere alle domande formulate a voce dall'utente. *Echo* è collegato a Wikipedia tramite la rete e può, perciò, rispondere a qualsiasi domanda; può riprodurre musica, compilare liste, svolgere funzioni di *domotic hub*.

In posizione di *stand by*, *Echo* è sempre “in ascolto”, pur se – ci si affretta solitamente a rassicurare – non registra in continuazione, non effettua stoccaggi indiscriminati di dati, né invia di continuo dati al *cloud*: tali

¹⁴ L'episodio, sceneggiato da C. BROOKER e diretto da J. HILLCOAT, è in onda dal 29 dicembre 2017; per un'analisi ricca di stimoli cfr. A. CUOMO, *Black Mirror 4 e i ricordi pericolosi di Crocodile*, in www.movieplayer.it, 2 gennaio 2018.

attività sono collegate alla pronuncia di una *wake word* (una parola di attivazione o parola-sveglia), che di *default* è «Alexa» ma può essere modificata dall'utente. Attivato dallo *switch* vocale, il dispositivo registra la traccia audio e la invia – insieme alla traccia della frazione di secondo che precede lo *switch-on* – al *cloud* di Amazon, che la ‘processa’ e fornisce, attraverso *Alexa*, la risposta richiesta. Nell'app di *Amazon Alexa* vengono archiviate una registrazione e una trascrizione dell'audio, che possono essere cancellate manualmente.

Nel novembre 2015, nel giardino sul retro dell'abitazione di James Andrew Bates, a Betonville, in Arkansas, veniva scoperto il cadavere di un uomo, Victor Collins, riverso in una vasca idromassaggio: Bates chiamava il 911 (numero delle emergenze negli Usa) dichiarando alla polizia di avere scoperto il corpo al mattino, appena sveglio, dopo che, la sera precedente, aveva assistito alla tv a una partita di football insieme a due colleghi che erano rimasti a dormire in casa sua. Sulla base di emergenze di generica (bottiglie rotte e tracce ematiche, rinvenute nei pressi della vasca, che consentivano di formulare l'ipotesi di una colluttazione) e, poi, dell'indagine tecnica del *coroner*, veniva formalizzata a carico di Bates l'accusa di omicidio.

La polizia otteneva un mandato di perquisizione dell'abitazione di Bates, e qui provvedeva al sequestro di una serie di *smart devices*, tra cui *Echo*; a fronte della richiesta della polizia di esibire i dati registrati, tuttavia, Amazon aveva in un primo momento opposto un rifiuto; solo di seguito aveva consentito all'autorità di polizia l'accesso alle registrazioni, a fronte della dichiarazione di assenso formulata da Bates.

Nel frattempo, i dati custoditi negli archivi del Dipartimento Utente domestiche di Betonville – ogni abitazione di Betonville è dotata di un contatore che misura e registra la quantità esatta di elettricità e di acqua consumata ogni ora – avevano consentito di accertare che, la notte della morte di Collins, tra l'una e le tre, nella casa di Bates erano stati consumati circa 530 litri d'acqua, una quantità abnorme rispetto a ogni altro periodo dei consumi registrati nell'abitazione sin dall'ottobre 2013: nella stessa serata che precedette la morte di Collins, i presenti avevano consumato al massimo 37 litri d'acqua all'ora; la polizia aveva, perciò, posto in relazione il consumo abnorme di acqua durante la notte e le chiazze bagnate di cemento rilevate durante l'esame di generica al primo accesso. *Alexa*, l'assistente vocale di *Echo* – titolavano i *mass media* – diventava, dunque, «testimone» in un processo penale¹⁵.

¹⁵ Sulle orme della nota dell'agenzia Ansa (*Polizia Usa, 'Alexa' Amazon sia testimone*, in www.ansa.it, 29 dicembre 2016) cfr., tra gli altri, in lingua italiana, A.B. WANG,

L'uso della terminologia non stupisca: un telefonino è il protagonista di *Testimone inconsapevole*, riuscito romanzo di Gianrico Carofiglio¹⁶. Certo, non stiamo qui alludendo a una «testimonianza» regolata dagli artt. 194 ss. c.p.p. 1988. Alluderemo, allora, con riguardo alla vicenda statunitense appena narrata, al paradigma della prova documentale? La risposta è meno semplice di quanto appaia *prima facie*, posto che la tecnologia nei suoi rapporti con il processo penale crea una fantasmagoria di effetti del tutto inediti e spesso imprevedibili: proprio questo caleidoscopio di riverberi colloca il nodo dello sviluppo tecnologico negli scenari tematici dell'*Athypical Evidence*.

Emanuele Severino, cui si devono riflessioni speculative di centrale importanza in tema di *Tecnocracy* e di *Tecnocratical Society*, ha rimarcato che la tecnica – destinata a diventare «il principio ordinatore di ogni materia, la volontà che regola ogni volontà»¹⁷ – non punta a scopi «escludenti», «la cui realizzazione mira insieme all'esclusione della realizzazione di altri scopi»¹⁸, come accade per le norme religiose, morali, giuridiche, politiche, economiche: la tecnica, piuttosto, «mira a quello scopo, 'trascendentale', che è l'incremento infinito della capacità di realizzare scopi», avendo «come scopo la crescita infinita della propria potenza»¹⁹; può, in tal senso, dirsi che «la tecnica tende all'onnipotenza»²⁰.

È un punto di avvio importante. Si tratta, adesso, di inventariarne le implicazioni con riguardo agli snodi della *Athypical Evidence*.

5. Incompiutezze. Fenomenologie del captatore informatico: tra tecnologia ed esperienza giudiziaria

Delle cosiddette tre leggi di Clarke – la cui formulazione si deve al prolifico scrittore di fantascienza britannico, scomparso nel 2008, autore, tra l'altro, del *best seller* da cui è stato tratto *2001 Odissea nello spazio* di Stanley Kubrick – la terza legge è la più nota e la più declinata: la sua più classica suggestiva formulazione è «Any sufficiently advanced technology is indistinguishable from magic» (ordinariamente resa, in lingua ita-

Echo può essere utile in caso di omicidio?, in *www.ilpost.it*, 12 marzo 2017, e i rilievi di G. MELLONE, *Ti ricordi la privacy?*, in *Repubblica D*, 31 marzo 2018.

¹⁶ G. CAROFIGLIO, *Testimone inconsapevole*, Palermo, 2002.

¹⁷ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001, p. 27.

¹⁸ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 29.

¹⁹ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, loc. ult. cit.

²⁰ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 30.

liana, con la formula «Ogni tecnologia sufficientemente avanzata è indistinguibile dalla magia»²¹.

Magia nera – potrebbe dirsi – parrebbe, qui, nel caso del *trojan virus*: tecnologia malevola – è l’idea che viene subliminarmente veicolata – contro l’individuo. È stato, non di rado, fatto aleggiare, nel corso del dibattito, lo spettro di una tecnologia onnipotente, stregonesca, pervasiva, in grado di ledere nuclei irriducibili dei diritti della persona. Il captatore informatico irrompe, dunque, dapprima nella tecnica, di seguito nella pratica operativa, da personaggio in cerca d’autore; continua, ancora oltre, la sua marcia da personaggio che ha trovato la paternità di un autore legislativo; e, tuttavia, rimane sfuggente, ben oltre la tipizzazione nei calchi di una fattispecie normativa. Il *trojan virus* parrebbe relegato al rango di anguilla inafferrabile, di personaggio pirandelliano che non troverà mai un autore legislativo definitivamente compiuto. Sovviene, dalle trame degli antichi miti, *Bia*, l’inafferrabile.

La storia dell’arte è densa di opere non portate a compimento: proprio la loro incompiutezza – dall’*Incompiuta* di Franz Schubert alla *Pietà Rondanini* di Michelangelo, al *Finnegans Wake* di James Joyce – ha, talora, l’impronta del capolavoro. Ben diversa parabola è quella che correla l’incompiutezza alle scienze dure: qui qualsiasi ricerca non può che mostrarsi sempre strutturalmente incompiuta, poiché il traguardo finale – la fine della corsa, la quiete immota della perfezione – non sarà mai raggiunto; il risultato, sempre “allo stato”, altro non è se non un’istantanea scattata durante un inarrestabile *running*.

In un prodotto normativo, invece, si annoverano almeno due ‘stati’ dell’incompiutezza. V’è, anzitutto, un’incompiutezza che scaturisce dall’essere ancora *in itinere* il procedimento che mira alla chiusura del sistema, come accade per la legge delega non ancora adempiuta: si tratta di un’incompiutezza di matrice cronologica, legata al divenire del progetto, che si dispiega nel tempo. Uno *status* transitorio, dunque, perché in attesa di completamento; può, in questa chiave, parlarsi di un’incompiutezza come ‘stato’, in senso proprio, colto in un istante dell’arco di sviluppo del progetto, del suo cronoprogramma non ancora esaurito. Si tratta di un’incompiutezza fisiologica, che si coglie in una frazione dell’arco evolutivo del progetto e che tende al completamento successivo: un’incompiutezza procedimentale, caratterizzata dall’avverbio “ancora”.

Può, per contro, annoverarsi un’incompiutezza ‘altra’, posta da un non

²¹ A.C. CLARKE, *Hazards of Prophecy: The Failure of Imagination*, in ID., *Profiles of the Future: An Enquiry into the Limits of the Possible*, Toronto, 1962 (rev. 1973), p. 36.

corretto adempimento del progetto: qui il progetto, pur svolto per intero, si palesa caratterizzato – in alcuni o in tutti i suoi stadi – da un *bad development*; l'incompiutezza è, dunque, in tal caso, patologica, poiché connota non già uno sviluppo ancora incompleto che mira a un completamento, ma uno svolgersi difettoso; si tratta, pertanto, di un'incompiutezza patologica. Come per ogni patologia, si impongono diagnosi e terapie, ed è proponibile, a scopo preventivo, una profilassi, che muova da uno sguardo prognostico e progetti piani di azione idonei a scongiurare il venire in esistenza della patologia.

La storia del *trojan virus* può dirsi trasversalmente un'incompiuta, tra le cui pagine sono rinvenibili molti dei tratti che si sono adesso ripercorsi: il progredire inesorabile del progresso tecnologico, la sua vocazione all'onnipotenza, la sua magia che vira in sortilegio; il suo comparire nella prassi, il suo imporsi come risorsa in termini di opportunità-necessità attraverso la *leading machine* della «formidabile capacità intrusiva»²² del mezzo elevata a potenza geometrica; la sua metabolizzazione stratificata in giurisprudenza, attraverso un percorso paradigmatico *by trial and error* che ha attraversato primi vagli, voci dissonanti, l'intervento delle Sezioni Unite, i successivi sviluppi; il segmento legislativo, insieme incompiuto perché ancora in vista di un completamento ma anche perché patologicamente imperfetto come prodotto normativo: il referto psicanalitico è *horror technologicus*, percezione e timore (*recte*: terrore, *territio*) della potenza della fissione nucleare, percezione – non sempre lucida – di un'energia da tenere a bada, infrenare, esorcizzare, anche in chiave di normativa-bandiera, di scelte simbolico-espressive adottate in funzione rassicurante, con la lancetta che oscilla sul quadrante del *far credere* più che su quello del *credere*; per appodare, da ultimo, sulle orme di una sorta di *spoils system* legislativo mascherato, a un rinvio politico, non tecnico²³, dal futuro quanto mai nebulosamente incerto.

Di cosa si tratti, è ormai più che noto. Il captatore informatico è un *software* che, attraverso un intervento in locale o in remoto, viene installato su un *hardware* (un *personal computer*, un *tablet* o uno *smartphone*) e opera in modo da installarvi una *backdoor*, una «porta di servizio» occulta. La *backdoor* consente di superare in parte o in tutto le procedure di sicurezza attivate sul sistema all'atto dell'ingresso nel sistema stesso: at-

²² La formula è stata, come è noto, messa a fuoco dalla giurisprudenza costituzionale: cfr., in particolare, Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, e Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

²³ Così, nitidamente, D. STASIO, *Carcere e intercettazioni: la magistratura sia protagonista del cambiamento*, in *Quest. giust.*, 6 aprile 2018.

traverso essa l'utente esterno, per il tramite delle normali connessioni di rete, è in grado di assumere il controllo remoto della macchina (*remote control systems*) in via occulta e, dunque, senza l'autorizzazione dell'utilizzatore 'principale'.

Il *software* di tipo *trojan horse*, che sostanzia la metodica più frequentemente utilizzata allo scopo, è, come è noto, un programma autoinstallante che giunge, spesso, come allegato a una mail o in veste di invito all'aggiornamento di un'app e al cui *download* si dà solitamente luogo attraverso l'attivazione di un *link*: il programma si installa, così, nei *files* di sistema dell'*hardware* bersaglio, assumendo configurazioni di *background* che lo rendono opaco ai controlli dei normali *software* antivirus.

Installatasi nel dispositivo *target*, la *backdoor*, sul piano tecnologico, è in grado potenzialmente di consentire all'operatore in remoto il governo di una pluralità di funzioni: dragare la macchina (ispezione, perquisizione) e acquisire copia dei suoi contenuti (sequestro); accedere attraverso la macchina 'ospite' ai contenuti del *cloud*, per effettuarvi le medesime operazioni eseguibili sui dati contenuti nella memoria di massa; rilevare e registrare i siti web che vengono visitati; decifrare ciò che viene digitato da tastiera (funzione di *keylogging*); attivare le periferiche audio e video (microfono e videocamera) acquisendo i dati (suoni e immagini) captati attraverso gli stessi.

Ci si esprime, come è noto, schematicamente, alludendo a modalità statiche e modalità dinamiche di apprensione dei dati digitali, che richiedono *software* diversi: la modalità statica o acquisitiva di dati (*on line search*) consente l'acquisizione dei dati già presenti nella macchina; la modalità dinamica o captativa di flussi informativi (*on line surveillance*) consente, invece, il monitoraggio dei dialoghi tra il microprocessore e le periferiche di *input* (tastiera, *mouse*, tavoletta grafica, *webcam*) o di *output* (stampante, monitor), nonché la disponibilità di quanto acquisito dal microfono e dalla videocamera: i relativi dati sono trasmessi al *server* remoto 'controllante', attraverso la rete, in tempo reale ovvero 'a pacchetti' che viaggiano a intervalli programmati.

La risorsa formidabile dello strumento, più che nella – per dir così – proditorietà della sua inoculazione (in fondo, il collocamento nel domicilio privato di 'cimici' tradizionali, che richiede un'intrusione fisica, nell'ambiente fisico *target*, dell'operatore che ne predispose la prima messa in opera è tutt'altro che meno dirompente), consiste in altro.

È noto come la giurisprudenza costituzionale tedesca, anche grazie a quella «sorgente di diritti inviolabili» che è la *Menschenwürde* (art. 1, comma 1, e art. 2, comma 1, *Grundgesetz*), abbia messo a fuoco un nuovo diritto costituzionale della persona, il «diritto fondamentale alla garan-

zia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici», inteso come espressione del più generale «diritto alla dignità» dell'individuo-utente²⁴.

È, invero, questo diritto fondamentale della persona a essere visceralmente inciso dal captatore informatico: nell'ottica del principio di proporzionalità alla cui stregua va compiuto il bilanciamento tra poteri pubblici e prerogative individuali e, perciò, tra autorità e libertà, l'operazione, sul piano valoriale, si palesa problematica proprio per la portata intrusiva sublimata dello strumento.

V'è, tuttavia, di più. L'inoculazione del *trojan virus* in uno *smartphone* evidenzia, sotto questa chiave, i profili problematici di più cospicua portata.

È superfluo rimarcare come lo *smartphone* costituisca, ormai, una protesi tecnologica della persona: da una parte, in quanto «oggetto sociale», è un formidabile contenitore di dati anche supersensibili²⁵; dall'altra – e soprattutto – lo *smartphone* si muove con noi, ci accompagna dappertutto, ci segue in ogni nostro spostamento. Una recente pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti, in tema di protezione dei dati personali nel prisma della tutela costituzionale dei diritti di libertà, contiene, in tal senso, nel solco del «we are our data», una messa a fuoco assai suggestiva: «modern cell phones», rimarcano i giudici, «are now such a pervasive and insistent part of daily life that the proverbial visitor from Mars might conclude they were an important feature of human anatomy»²⁶.

Si colloca qui, dunque, il solco profondo tra l'indagine condotta attraverso l'uso del captatore informatico e – a titolo di esempio – le intercettazioni ambientali di tipo veicolare, condotte attraverso l'installazione di una microspia in un'autovettura: il dispositivo di captazione si muove con l'autovettura e draga tutto ciò che avviene nel suo abitacolo (o, a sportelli aperti, nelle sue immediate vicinanze); lo *smartphone* che diviene microspia, grazie all'attivabilità da remoto del microfono e della videocamera, viaggia, per contro, indiscriminatamente con noi, segue i nostri spostamenti, e drena – l'immagine dell'idrovora, che si deve a Glauco Giostra,

²⁴ Cfr., in tema, tra gli altri, anche per i dati giurisprudenziali, L. GIORDANO, A. VENEGONI, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Dir. pen. contemp.*, 8 maggio 2016.

²⁵ Il fenomeno trascende in misura dirompente quanto accadeva già per i cellulari delle precedenti generazioni tecnologiche, oggetto di studi attenti sull'ontologia e sulla fenomenologia del cellulare come oggetto sociale: cfr., per tutti, M. FERRARIS, *Dove sei? Ontologia del telefonino*, Milano, 2005.

²⁶ US Supreme Court, *Riley v. California*, *United States v. Wurie*, 2014, in www.supremecourt.gov, p. 9.

è qui sommamente efficace²⁷ – tutto ciò che avviene nel suo raggio dinamico di azione: ovunque ci troviamo, la nostra propaggine tecnologica – il nostro “io esteso” – fagociterà tutto, trasformandosi in energia centripeta che inghiotte nel suo vortice i nostri vissuti e – fatalmente – quelli di chi si troverà, più o meno casualmente, a interagire con noi. Con un ulteriore necessitato effetto collaterale: lo *smartphone* che cela nelle sue viscere di silicio il captatore informatico, una volta che faccia ingresso – insieme a noi, quale nostro “io esteso” – in domicili privati di soggetti con cui interagiamo, si trasforma in strumento per altrettante intercettazioni ambientali domiciliari. Questi, dunque, *prima facie*, gli scenari: intercettazioni itineranti, dalla gittata incontrollabile, virtualmente ubiqua.

La ‘storia’ istituzionale del captatore informatico in Italia è, per tratti essenziali, agevolmente ricostruibile: comparso, nella giurisprudenza di legittimità, per la prima volta nel 2009²⁸, è stato di seguito escluso, sulla scorta di una discussa linea argomentativa, da un noto arresto del 2015²⁹; muovendo da un’ articolata decisione successiva, che, in consapevole dissenso rispetto alla pronuncia del 2015, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite³⁰, il massimo consesso è pervenuto, nel 2016, a una compiuta risistemazione della materia, non priva di cospicue soluzioni innovative³¹. Si dischiudeva, intanto, il cantiere della positivizzazione: la legge 23 giugno 2017, n. 103, che tagliava il traguardo dell’ approvazione parlamentare al termine di un itinerario tormentato, conteneva la delega al Governo per la codificazione della disciplina del captatore informatico, intessuta su un denso catalogo di otto corpose subdirettive (art. 1 comma 84, lett. e)); il legislatore delegato adempiva ai propri compiti con la farraginosa disciplina tracciata dagli artt. 4, 6 e 7, d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216; il d.l. 25 luglio 2018, n. 91, recante «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative» (c.d. “milleproroghe”), ha disposto, tuttavia, un rinvio del termine in cui la nuova disciplina acquisterà efficacia.

I dati istituzionali cui è possibile attingere allo scopo di individuare l’effettiva *ratio* del rinvio in tema, disposto dalla manovra “milleproro-

²⁷ G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole-24 Ore*, 20 dicembre 2017, p. 33.

²⁸ Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso, *Ced Cass.*, n. 246954.

²⁹ Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, Musumeci, *Ced Cass.*, n. 265654.

³⁰ Cass., Sez. VI, ord. 10 marzo 2016, n. 13884, Scurato, in *www.cortedicassazione.it*.

³¹ Cass., S.U., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2274. Per una recente rilettura della pronuncia cfr. L. GIORDANO, *La disciplina del “captatore informatico”*, in AA.VV., *L’intercettazione di comunicazioni*, (a cura di) T. BENE, Bari, 2018, p. 247 ss. (e, in particolare, p. 252 ss.), cui si rinvia anche per l’ampio inventario di letteratura riportato in nota.

ghe”, restituiscono, d’altronde, segnali contraddittori. La relazione al disegno di legge di conversione del decreto legge sottolinea con enfasi che la proroga in materia di intercettazioni, coinvolgente altresì lo snodo del captatore informatico, «può dare certezza di giungere all’applicazione della disciplina con le misure organizzative completamente dispiegate e funzionanti», sicché l’intento dichiarato consisterebbe nell’assicurare «la piena funzionalità delle strutture e degli uffici»³². Di diverso tenore parrebbero, tuttavia, le dichiarazioni programmatiche del Ministro della Giustizia rese, in sede di audizione, avanti alla Commissione Giustizia del Senato e, di seguito, avanti all’omologa Commissione della Camera³³: in quelle sedi si è sottolineato, da una parte, che «l’attività di adeguamento e di collaudo dei sistemi presso gli Uffici delle singole Procure della Repubblica richiede (...) di posticipare la piena efficacia della disciplina (...) anche al fine di non comprometterne l’operatività funzionale», sicché si è rilevata «la necessità di ulteriore tempo considerate le esigenze organizzative e di dotazione infrastrutturale che la normativa introdotta richiede, individuando nei primi mesi del prossimo anno il periodo più opportuno per l’entrata in vigore delle disposizioni»; si è, tuttavia, appena dopo soggiunto che è stata «parallelamente» avviata una «capillare fase di ascolto e confronto», così da «giungere alla definizione di una base di lavoro condivisa che possa fungere da piattaforma su cui innestare la *ri-scrittura* della disciplina delle intercettazioni». Ancor più esplicito si palesa quanto, in tema, è stato di recente rimarcato dal Guardasigilli in una delle più alte sedi istituzionali³⁴: alludendo al monitoraggio svolto dal Consiglio superiore della magistratura sull’emanazione, da parte di singole Procure della Repubblica, di circolari in tema di attività intercettativa, e alla ricognizione delle *good practices* consacrata nella delibera di *Plenum* del 29 luglio 2017, il Ministro della Giustizia ha ritenuto il lavoro svolto «certamente prezioso, anche nella *nuova direzione* che il Governo intende

³² *Atti parlamentari, XVIII Legislatura, Senato della Repubblica*, Disegno di legge in tema di «Conversione in legge del decreto-legge 25 luglio 2018, n. 91, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative», a firma del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, comunicato alla Presidenza il 25 luglio 2018, Stampato n. 717, p. 4.

³³ Il testo delle dichiarazioni rese dal Ministro della Giustizia nel corso dell’audizione sulle linee programmatiche del Dicastero, avanti alla Commissione Giustizia del Senato e, di seguito, alla Commissione Giustizia della Camera, nelle sedute dell’11 luglio 2018, è consultabile in www.giustizia.it.

³⁴ Il testo dell’intervento del Ministro della Giustizia alla seduta del *Plenum* del Consiglio superiore della magistratura, svoltasi il 27 giugno 2018 sotto la presidenza del Capo dello Stato, è consultabile in www.giustizia.it.

intraprendere in materia di intercettazioni». Emerge, allora, nitida la frattura tra causali dichiarate e causali reali della proroga disposta in via d'urgenza, che assume, come si è già visto, la dimensione di un rinvio politico e non certo meramente tecnico-organizzativo.

È noto, d'altronde, che la disciplina tracciata dal d.lgs. n. 216/2017 aveva portato a compimento una manovra di tipicizzazione solo parziale della materia del captatore informatico: l'intervento normativo era rimasto silente su un complesso di profili pur ben noti alla prassi operativa. Questo stato di tipicità parziale coagulata dalla novella del 2017, che nella sua pregressa *vacatio* viveva il suo tempo sospeso nell'attesa di entrare a regime, aveva, peraltro, annunciato effetti caleidoscopici, addivenendo a traguardi frastagliati³⁵: ma tutto ciò riguardava l'epoca di piena efficacia della riforma, decorso il periodo di *vacatio*.

Adesso, in questa bolla che si dilata, il tipico si ritrae e l'atipico rigugagna terreno: forse non soltanto nel *quando*, essendo stato posto in discussione, con questo guadagnar tempo, anche l'*an* dell'intervento novelistico. Ad oggi, dunque, la disciplina applicabile torna a essere, in pienezza, quella tracciata dalle Sezioni Unite nel 2016³⁶, fino alla futuribile entrata in efficacia – con ogni sua indeterminata incertezza – della riforma del 2017; o fino a un qualche vagheggiato ulteriore *novum* normativo, su cui, allo stato attuale, sembra possibile nutrire soltanto incertezze.

³⁵ Secondo una nota tesi, l'avere la legge regolamentato solo la fattispecie delle intercettazioni tra presenti mediante captatori informatici in dispositivi elettronici portatili avrebbe escluso ogni altro uso del *trojan* plasmando un divieto probatorio implicito (L. FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 296 ss.); è stato, tuttavia, sostenuto, in senso contrario, che il captatore è fisiologicamente utilizzabile anche laddove i risultati acquisiti siano riconducibili a un mezzo di ricerca della prova tipico o sussistano i presupposti stabiliti dall'art. 189 c.p.p. per l'ammissione di una prova atipica (L. GIORDANO, *La disciplina del "captatore informatico"*, cit., p. 279).

³⁶ Spicca, tra le altre significative conseguenze di questo sopravvenuto 'galleggiamento' della sistemazione operata nel 2016 dalle Sezioni Unite, la possibilità di adoperare in pienezza il captatore informatico nelle indagini per associazione per delinquere 'semplice', ricompresa dal più ampio consesso dei giudici di legittimità – sulla scorta di uno sviluppo argomentativo in verità convincente – nella nozione di «criminalità organizzata». È noto, invece, che la novella del 2017 aveva escluso l'associazione per delinquere 'semplice' dal novero dei reati per i quali il captatore informatico sia liberamente adoperabile: ove si proceda per il delitto previsto dall'art. 416 c.p., secondo la novella del 2017, il captatore è utilizzabile nel domicilio privato solo ove risulti provato che l'attività criminosa sia ivi in corso.

6. Labirinti. Per Susanna Crispino

Vedremo, dunque. Nel frattempo il *trojan virus* continua a essere puntualmente adoperato, nella pratica operativa³⁷, sospeso in questo strano limbo eppure concretissimo e formidabilmente efficace; con la sensazione che, in fondo, la sistemazione operata dalle Sezioni Unite sia più convincente dei futuribili tracciati dal “sistema” Orlando e adesso rifluiti nella nuvola del limbo presente.

Sovviene Susanna Crispino, cui questi labirinti sarebbero piaciuti. Giovane promessa dell’Università italiana³⁸, studiosa attenta e appassionata nell’ardere del suo impegno civile e nella freschezza dei suoi anni giovani, ci ha lasciati improvvisamente, in una notte che annunciava l’arrivo della primavera ormai imminente. A lei, che stava lavorando al tema magmatico della giustizia degli algoritmi, la giustizia “predittiva” 4.0, sono dedicate queste pagine, con sordo rimpianto.

Sa’dī di Shiraz, poeta persiano e mistico sufi del XIII secolo, catturato e reso schiavo dai crociati ad Acri, aveva scritto: «Com’è bella la vita spesa per lasciare dietro di sé il conio della nostra anima e ammirare la bellezza del mondo!». La vita e il conio dell’anima, ripensando a Susanna. Certo ben più importanti delle fenomenologie ondulate dell’*Athypical Evidence* e delle vicende del captatore informatico: il quale, pure, insieme, affascina e preoccupa, spaventa e seduce. E funziona, formidabilmente, nella pratica operativa, nella sua dimensione di sistema di esperienza, oltre ogni bizzarra *facies* di progettualità sinusoidale di positivizzazione di rango primario.

³⁷ Per ulteriori recenti messe a fuoco, in giurisprudenza, che si irradiano dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2016, cfr. Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 15573, *Ced Cass.*, nn. 269950, 269951, 269952; Cass., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 48370, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., Sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, *Ced Cass.*, n. 270812.

³⁸ Susanna, formatasi nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Palermo, aveva in corso un Dottorato di ricerca in «Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali» nell’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”, ove si stava dedicando a ricerche in tema di diritto penale e interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale; il suo contagioso impegno civile, alimentato dallo studio appassionato del pensiero di Paolo Borsellino e dell’esperienza del ‘maxiprocesso’ palermitano degli anni ottanta, era ben noto non solo in Sicilia. Della sua produzione converrà, qui, citare almeno S. CRISPINO, *Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e interpretazione conforme*, in *Dir. pen. contemp.* (trim.), 2017, n. 1, p. 226 ss.