

Le scienze penalistiche nella “tempesta” digitale. Quali approdi?

Luca Lupária

I. Il mestiere del giurista rifugge dai “giardini di pietra”. Per sua natura necessita di ciclici rivolgimenti che riescano a squadernare i copioni interpretativi pigramente sedimentati dalla pratica giudiziale e dalla *vulgata* dei commentari. Per questa ragione, l’emergere di fattori che scuotono categorie e orientamenti ermeneutici deve essere sempre salutato come una benefica ventata di freschezza, capace di spingere l’interprete verso inediti itinerari speculativi o verso una nuova consapevolezza degli approdi teorici già raggiunti nel passato.

Il carico di interrogativi che lo sviluppo informatico ha rovesciato sul nostro sistema penale¹ appare allora quale elemento assai positivo, da apprezzarsi anche al di fuori dello stretto circolo degli esperti che in questi anni hanno dato vita a dibattiti confinati, il più delle volte, nel clima tipico di un *club* da “iniziati”. Si avverte oggi una presa di coscienza collettiva dell’importanza delle questioni sul tavolo che, lungi dal riguardare unicamente il mondo della rete e della tecnologia digitale, investono istituti di portata generale, messi a dura prova da una realtà fenomenica dirompente².

I contributi raccolti nel volume hanno il pregio di illustrare, all’intera comunità penalistica, da un lato le questioni attualmente più controverse (la responsabilità dei *service provider*, la ricerca delle prove in ambiente *cloud*, la competenza a conoscere dei *cyber-crimes*) e, dall’altro, i risvolti di carattere sistemico che si annidano in molte delle domande sollevate dagli studiosi o contenute nelle pronunce giurisprudenziali (in materia di teoria della

1. In una letteratura ormai piuttosto ampia v., per tutti, PECORELLA, *Diritto penale dell’informatica*, Padova, 2006; PICOTTI, *Sicurezza, informatica e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini — Pavarini, Bologna, 2011, p. 217; SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, Milano, 2010.

2. Nella dottrina italiana e straniera, cfr., tra gli altri, DI PAOLO, *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2012, p. 736; KERR, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, in *105 Colum. L. Rev.*, 2005, 279; JEWKES–YAR, *The Internet, Cybercrime, and the Challenges of the 21st Century*, in *Handbook of Internet Crime*, II, New York, 2011, p. 1.; ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 129, oltre ai volumi *Cibercriminality: finding a balance between freedom and security*, a cura di Manacorda, Milano, 2012, e *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, a cura di Lupária, Milano, 2012.

prova, di competenza territoriale, di dogmatica della condotta). Non mi soffermerò ovviamente sui singoli argomenti, così ben affrontati da ciascuno degli autori che hanno preso parte alla stimolante discussione racchiusa nelle pagine che precedono. Mi limiterò ad appuntare i profili di scenario che mi sembra possano essere di qualche interesse a mo' di chiosa finale.

Il primo rilievo riprende quanto affermato in esordio circa la feconda inclinazione di questo settore d'indagine ad accentuare i dubbi esegetici sottesi ad alcune tradizionali classificazioni. È il caso, ad esempio, della sanzione della inutilizzabilità, da sempre stretta fra l'approccio volto a rimarcarne il ruolo di baluardo per i diritti fondamentali dell'accusato — così come per la genuinità dell'accertamento — e l'indirizzo teso a sacrificarne l'operatività sull'altare del libero convincimento del giudice³. Ebbene, sul terreno della *digital evidence* questi fronti contrapposti si estremizzano ma, al contempo, forniscono linfa vitale al dibattito sulle linee portanti della fattispecie.

Risulta allora di estremo interesse notare come, pur a fronte di una solida letteratura che va plasmandosi sulle ipotesi di esclusione della prova digitale formata senza il necessario rispetto dei valori costituzionali o dei canoni di integrità e genuinità sanciti dalla l. n. 48 del 2008⁴, residui una forte resistenza da parte degli operatori ad accettare che il materiale conoscitivo di natura informatica possa essere escluso dalla piattaforma valutabile dal giudice. Tale contegno, di cui si trova traccia anche nelle pagine del volume⁵, appare del tutto comprensibile da parte di pratici — siano essi magistrati dell'accusa o esponenti della polizia giudiziaria — che sentono crescere in maniera esponenziale il carico di lavoro nel settore delle indagini informatiche e rischiano di veder frustrate investigazioni molto complesse e articolate.

Di questi timori occorre farsi carico. Gli studiosi del processo penale sono ontologicamente avvezzi a bilanciare i valori e le esigenze che si

3. Cfr., di recente, ARMENTA DEU, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid, 2011; JACKSON — SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012, spec. p. 151 ss. V., classicamente, AMODIO, *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica dell'intime conviction al recupero della legalità probatoria* [1999], ora in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 121; DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1255; GUARNERI, *L'altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 595; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; Id., *Storia d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71.

4. Tralasciando il richiamo ai miei scritti, v., con accenti diversi, CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 790; GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 70; LORENZETTO, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, 1522; MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4522; MARCOLINI, *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia*, 2006, 418; RICCI, *Digital evidence e irripetibilità delle operazioni acquisitive*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 339; TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, *ivi*, 2009, 401; Id., *Il documento informatico: problematiche civilistiche e penalistiche a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 432, oltre al saggio di Giunchedi nel presente confronto di idee.

5. Si veda, ad esempio, l'interessante contributo di CAJANI, *Infra*.

incrociano sull’agone del rito criminale. A mio avviso, tuttavia, il giusto percorso non può essere quello di un abbassamento della “asticella” delle garanzie per venire incontro a una prassi che fatica a tenere il passo delle migliori pratiche scientifiche⁶. Il corretto itinerario da imboccare è piuttosto quello di una massiccia opera di formazione che conduca gli inquirenti, di ogni Procura italiana⁷, a fare propri gli *standard* di acquisizione, nella consapevolezza che dietro ai metodi di acquisizione degli elementi digitali e alle tecniche di mantenimento della catena di custodia si celano principi portanti del sistema e garanzie inviolabili dell’accusato.

Analoghe considerazioni, circa la benefica capacità di questo frammento della scienza penalistica a polarizzare i problemi, possono valere sul versante del diritto sostantivo. I concetti di azione ed evento, in effetti, vengono messi a dura verifica dalla nuova realtà fenomenica⁸, mostrando agli studiosi come anche i paradigmi più granitici possano ancora generare riflessioni tutt’altro che scontate. Un discorso non differente può essere svolto sul posizionamento, nel sistema penale italiano e internazionale, dei fornitori di servizi *internet*.

Qui, come ho già rilevato in altri scritti, la giustizia penale, nella sua interezza, deve analizzare con occhi nuovi un soggetto dai mille volti: possibile autore di reato, a titolo autonomo o concorsuale; “guardiano” di elementi probatori talora essenziali all’accertamento; ausiliario degli organi inquirenti per il compimento di ruoli investigativi o per l’esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali; soggetto deputato alla profilassi degli illeciti o alla segnalazione delle attività riscontrate nella rete; garante della segretezza e della libertà di comunicazione della collettività.

Oltretutto, le scelte teoriche afferenti la declinazione della responsabilità penale del *provider* dischiudono modelli di politica criminale contrapposti, nella misura in cui si intenda prediligere il paradigma dei reati commissivi o di quelli omissivi, l’applicazione di fattispecie classiche o l’introduzione di reati *ad hoc*, e via dicendo⁹.

Sullo sfondo si staglia poi il tema della natura internazionale del settore,

6. V., da ultimo, CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, in *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, a cura di Curtotti — Saravo, Torino, 2013, p. 68.

7. Non agevola percorsi formativi omogenei l’attuale attribuzione “distrettuale” dei reati informatici.

8. Cfr. PICOTTI, *La nozione di « criminalità informatica » e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2011, 827, oltre ai contributi di Pecorella, Dova e Fumo, *infra*.

9. Cfr. INGRASSIA, *La decisione in appello nel caso Google vs ViviDown: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*, in *Corr. mer.*, 2013, 766; Id., *Il ruolo dell’ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Le responsabilità penali dei provider nell’ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, cit., p. 15 ss.; BOSSAN, *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l’internet*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2012, 295; BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell’Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 600; MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, 779.

capace di incidere sulle dinamiche di competenza giurisdizionale¹⁰, sull'efficacia dell'azione investigativa, sulle modalità della cooperazione giudiziaria, sulla compresenza di *multiple prosecutions* in diversi Stati, sulle garanzie nella raccolta di elementi probatori oramai essenziali per l'accertamento (si pensi alle evidenze contenute nei *social network*)¹¹. Di fronte a siffatto panorama, il giurista deve arrangiarsi con gli arnesi normativi a sua disposizione (in verità, parecchio limitati)¹², nell'attesa di quegli accordi tra Stati che stentano a farsi largo¹³.

Di certo, il lettore dei saggi che compongono questa iniziativa editoriale avrà annotato più interrogativi che soluzioni. Non è il caso di stupirsi: chi pratica questo turbolento mare della scienza penalistica sa da tempo che gli approdi sicuri non abbondano e che l'appalesarsi di un ormeggio provvisorio è spesso un risultato già apprezzabile. L'importante è non perdere mai la bussola dei valori fondanti il nostro modello di diritto e processo penale: la "tempesta" digitale può facilmente condurre a risposte figlie di una deriva "tecnicista" atta a tramutarsi in un pernicioso scostamento dalle garanzie intangibili¹⁴.

10. Si rinvia al contributo contenuto *infra* a firma di Ruotolo. Sul particolare fenomeno della navi-server che navigano nell'oceano: SWANSON, *Google Sets Sail: Ocean-Based Server Farms and International Law*, in 43 *Conn. L. Rev.*, 2011, 709.

11. V. la panoramica delle problematiche affrontate da O' FLOINN — ORMEROD, *Social Networking Sites, RIPA and Criminal Investigations*, in 10 *Crim. Law Rev.*, 2011, 766. In un'ottica tedesca: HOFFMANN, *Investigations on Social Networks. A German Perspective*, in *Eu crim.*, 2012, 3, 137.

12. Cfr. SIEBER, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 65, 2012, 86.

13. Si possono consultare, al riguardo, il volume di MATHIASON, *Internet Governance: The New Frontier of Global Institutions*, London, 2008, i saggi di WEISMANN, *International Cybercrime: Recent Developments in the Law*, in *Cybercrime*, a cura di Clifford, III Ed., Carolina Academic Press, 2011, p. 257 e URBAS, *Cybercrime, Jurisdiction and Extradition: The Extended Reach of Cross — Border Law Enforcement*, in 16 *J. Internet L.*, 2012, 1, nonché l'opera collettanea *Who Rules the Net: Internet Governance and Jurisdiction*, a cura di Thierer — Crews, Washington, 2003.

14. Sul punto, un monito sempre attuale viene dalle pagine di RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, p. 186. Cfr. POSNER, *Reflection on Judging*, Londra, 2013, spec. cap. III.