

Prove

Sorveglianza satellitare GPS: un'attività investigativa ancora in cerca di garanzie

Alessandro Serrani

La decisione

Prove - Mezzi di ricerca della prova - Localizzazione mediante sistema GPS - Attività investigativa atipica - Intercettazioni di comunicazioni - Utilizzabilità - Manifesta infondatezza questione di legittimità costituzionale (C.e.d.u., artt. 6, 8; Cost., artt. 2, 14, 15, 111, 117; C.p.p., artt. 55, 189, 191, 266, 267, 268, 271, 347, 348, 354, 361)

È manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 191, 266, 267, 268, 271 c.p.p., nella parte in cui consentono la collocazione dei sistemi di rilevamento e acquisizione di dati, notizie e conversazione all'interno di luoghi riservati, in assenza di una specifica disciplina legislativa che indichi i casi e i modi in cui sia consentita la violazione della vita privata.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 21 maggio 2013 (ud. 13 febbraio 2013), ESPOSITO, *Presidente* - VERGA, *Estensore* - MAZZOTTA, *P.G.* (conf.), Bellino ed altri, ricorrenti.

Il testo completo della sentenza è consultabile liberamente sul sito www.archiviopenale.it.

Il commento

1. Sembra appararsi che nell'era del "grande fratello orwelliano"¹, dove ogni condotta si atteggia a "dato" potenzialmente rintracciabile, la coscienza dell'uomo "medio" venga assuefatta da pensieri di ogni sorta sull'importanza (o meno) dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona. Sembrerebbe altresì indiscutibile, alla luce della prassi qui analizzata, che la lettura del fenomeno in senso restrittivo sia dominante nei casi in cui le finalità attengano all'esaltazione della "ragion di Stato"².

¹ Espressione utilizzata da A. GAITO, *Intercettazioni illecite, illegali e illegittime*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, a cura di A. Gaito, Roma, 2011, p. 261, già pubblicato come *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno 5 - 7 ottobre 2007, Milano, 2009, per sottolineare le caratteristiche di un'aspettativa poliziesca volta allo sfruttamento indiscriminato di ogni dato utile.

² Secondo FURFARO, *Il diritto alla riservatezza*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, cit.,

Eppure, in un sistema tendenzialmente devoto alla cultura della legalità³ e del “giusto processo”⁴, rimane punto fermo discernere i limiti entro i quali prerogative ben garantite debbano, all’occorrenza, cedere il passo ad esigenze ritenute di maggiore rilievo. Le ragioni di una tale e supposta fragilità germinano spesso da circostanze contingenti, avvolte dall’atavica presunzione che delitti di particolare rilevanza politico-criminale⁵ ammettano, in via diffusa, deroghe al rispetto delle forme⁶. Ma allora, non poche si mostrano le considerazioni a farsi e la scelta, come di consueto, è sistematica.

La questione all’obiettivo presta nuovamente⁷ il fianco ad una affermata inquietudine sulla legittimità costituzionale e convenzionale⁸ dell’utilizzo, in sede investigativa, di strumenti tecnici avanzati come il sistema di rilevamento satellitare tramite GPS⁹, che nell’attuale impianto normativo presenta vuoti non colmati in maniera adeguata dal “vicariato” dell’interpretazione giurisprudenziale. Invero, in assenza di norme *ad hoc* sul punto, modalità esecutive, regime di utilizzabilità dei relativi risultati, natura degli atti e delimitazione del perimetro che salvaguardi il libero esercizio della riservatezza personale,

p. 21 (già come voce *Riservatezza*, in *Dig. Pen.*, Agg. IV, Torino, 2008), «è assolutamente fuorviante qualsivoglia approccio che tenda a sminuire l’ambito della riservatezza, addirittura negandola quale diritto autonomo, in nome di un bisogno di sicurezza rispetto al quale dovrebbe costituire ostacolo».

³ Il monito corre ai principi di CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XVIII, 1990; e, più recentemente, di SANTORIELLO, voce *Legalità processuale*, in *Dig. Pen.*, Agg. VI, Torino, 2011. Da ultimo, sul punto, v. anche GIUNCHEDI, *I principi, le regole, le fonti*, in *Procedura penale*, a cura di A. Gaito, Milano, 2013, pp. 4 ss.

⁴ Nell’ormai vastissima letteratura sul principio in generale, basti qui richiamare SPANGHER, *Il “giusto processo penale”*, in *Stud. iur.*, 2000, 255; CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 2001; C. CONTI, voce *Giusto processo*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 630; S. BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. Pen.*, 2004, Agg. II, Torino, 2004, p. 359; UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, I, 2008, p. 419; P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2005; per un taglio applicativo, invece, si v. A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, 2006, Torino.

⁵ Nel caso di specie si trattava dei reati di associazione mafiosa e di incendio aggravato.

⁶ Proseguendo con le parole di FURFARO, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 21, «quasi che il fine di perseguire l’autore del reato possa giustificare l’impiego del mezzo a prescindere dall’esistenza di un atto (e prima ancora di una legge) che lo legittimi e, quindi, che l’attività di acquisizioni di informazioni, dati e notizie attraverso l’invasione degli ambiti della sfera privata dell’individuo possa essere tout court giustificata (oltre che legittimata) dall’esistenza di indagini in corso».

⁷ Precedentemente, cfr. le riflessioni di FILIPPI, *Il GPS è una prova “incostituzionale”? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, in *questa Rivista*, 2012, 309 ss.

⁸ L’unico precedente al riguardo, nell’ambito della giurisprudenza europea, è rappresentato da Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, in *Cass. pen.*, 2011, 395.

⁹ Congegno ormai diffuso nella prassi e generalmente applicato sull’abitacolo dell’automobile dell’indagato. Per un’accurata disamina delle proprietà tecniche dello strumento in analisi si rinvia a STIPO, *Disciplina del “Sistema Globale di Navigazione Satellitare” (GNSS)*, in *Giur. merito*, 1997, 673.

rimangono nell'indistinto fino a produrre opzioni che, oltre a rivelarsi "all'italiana", denotano atteggiamenti ancora a sfondo "inquisitorio"¹⁰.

Estendere gli orizzonti del "non previsto" verso scenari a garanzie ridotte - è noto - porta in sé contraddizioni pericolose, foriere di un agire in retromarcia rispetto a un approccio che tenga nel dovuto conto le esigenze garantistiche dell'imputato, marginalizzando schemi teorici preconfezionati (tra l'altro, spesso, posti sulla scia di presunte aspettative della collettività). Così, già a una prima lettura - e anticipando le nostre conclusioni - se si accoglie l'esegesi in base alla quale nel concetto di «luogo di privata dimora»¹¹ rientri anche l'autovettura, prospettive di tutela della riservatezza¹² diventano l'avamposto. Tuttavia, beninteso, non si vuol qui dilatare soluzioni ermeneutiche al limite del concepibile, e ancora ad esito incerto¹³, quanto piuttosto diffonderne l'interesse affinché - *mutatis mutandis* - le risposdenze incontrino i traguardi raggiunti di recente nell'ambito di attività di captazione da noi ritenute similari, almeno sotto il profilo del loro concreto atteggiarsi¹⁴.

2. Assieme alla richiesta di annullamento della sentenza d'appello per inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali e dei risultati acquisiti per mezzo del sistema di monitoraggio satellitare occulto, la difesa ha sollevato eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 266, co. 2 e 3, 348, 354, 361 c.p.p. con riferimento agli artt. 2, 14, 15, 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in ordine all'art. 8 C.e.d.u., nella parte in cui tali norme consentano, fra le modalità operative d'indagine e di captazione di conversazioni, dati e notizie, l'impiego di simili apparecchiature in assenza di una specifica disciplina legislativa che ne indichi i presupposti legittimanti. Si è censurato, in breve, la "omnicomprensibilità"

¹⁰ Diffusamente, sul significato, cfr. ILLUMINATI, voce *Accusatorio e Inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Torino, 1988.

¹¹ Locuzione inserita nell'alveo dell'art. 614 c.p. sulla violazione di domicilio.

¹² Seppur riconoscendo la discutibilità della qualificazione dell'automobile come "privata dimora", ne sottolinea il carattere "riservato" Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Mass. Uff.*, n. 234269.

¹³ Sul punto, la giurisprudenza è da tempo ondivaga. Per una concezione positiva si leggano Cass., Sez. II, 12 marzo 1998, Zagaria, in *Mass. Uff.*, n. 211142; Id., Sez. I, 10 agosto 2000, Nicchio e altro, *ivi*, n. 216749; per una concezione negativa, invece, si v. Cass., Sez. I, 28 maggio 1991, Franceschini, in *Mass. Uff.*, n. 187347; Id., Sez. II, 15 marzo 1995, Seminara, *ivi*, n. 200988; Id., Sez. V, 19 dicembre 1996, Bruzzise, *ivi*, n. 207065; Id., Sez. VI, 11 aprile 2008, Sitzia, *ivi*, n. 239635.

¹⁴ Il riferimento è agli approdi raggiunti, nell'arco di un decennio, dalla giurisprudenza a Sezioni unite sul tema delle intercettazioni, cfr. Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera ed altri, in *Cass. pen.*, 2001, 69; Id., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, *ivi*, 2002, 944; Id., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, *ivi*, 2004, 1271; Id., Sez. un., 28 gennaio 2004, Ferrazzi, in *Riv. pen.*, 2004, 1028; Id., Sez. un., 17 novembre 2004, Esposito, *ivi*, 2005, 343; Id., Sez. un., 29 novembre 2005, Campenni, in *Giur. it.*, 2006, 1690; Id., Sez. un., 12 luglio 2007, Aguneche, in *Guida dir.*, 2007, 37, 69; Id., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 804.

del decreto autorizzativo perché avvenuto in carenza di una legittimazione specifica e necessaria a rimuovere l'ostacolo dell'invasione della *privacy* della persona.

La Corte di legittimità, tuttavia, rifacendosi all'orientamento prevalente della sua giurisprudenza¹⁵, ha rigettato i ricorsi proposti dagli imputati ritenendo che i dati ottenuti mediante localizzazione GPS non siano attinenti né a conversazioni telefoniche, né a comunicazioni fra presenti. Conseguentemente, in ragione della loro natura di semplici pedinamenti¹⁶, non richiederebbero il rispetto della disciplina di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. e la sussistenza dei requisiti derogatori alla tutela della riservatezza.

3. Sembra utile, ora, ripercorre il perimetro delimitato dalla dottrina e dalla giurisprudenza sull'utilizzo del mezzo in parola¹⁷ al fine di evidenziare le crepe dell'impostazione seguita dalla pronuncia esaminata, proponendone una lettura e una soluzione garantite tanto con riferimento all'assetto sovranazionale che a quello nostrano.

Una prima problematica da affrontare ruota attorno alla qualificazione di attività di indagine atipica che possa ricondursi all'interno di quelle nominate dal codice di rito. Al riguardo, le opinioni sono varie e discordanti, basti qui la menzione delle più trattate.

Secondo una prima lettura¹⁸, la localizzazione satellitare andrebbe concepita come una particolare tipologia di intercettazione sul presupposto che l'impiego determinerebbe, similmente, una lesione della *privacy* del soggetto monitorato¹⁹. Tuttavia – come anche sostenuto dalla decisione in analisi – l'idea che il mezzo di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. consista nella captazione clandestina da parte di un terzo del contenuto di una comunicazione²⁰ riserva-

¹⁵ Cass., Sez. V, 10 marzo 2010, Z.B., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1464, con nota di DANIELE; Id., Sez. I, 9 marzo 2010, Congia, in *Mass. Uff.*, n. 246774; Id., Sez. VI, 11 aprile 2008, Sitzia, in *Mass. Uff.*, n. 239638.

¹⁶ Così Cass., Sez. VI, 11 aprile 2008, Sitzia, cit.

¹⁷ La rilevanza della questione è stata evidenziata anche dalla giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 9 marzo 2010, Congia, cit.; Id., Sez. VI, 11 aprile 2008, Sitzia, cit.; Id., Sez. V, 2 maggio 2002, Bresciani, in *Giust. pen.*, 2003, 468; Id., Sez. V, 31 maggio 2004, Massa, in *Cass. pen.*, 2005, 3036; Id., Sez. IV, 1 marzo 2007, Navarro, in *Mass. Uff.*, n. 236112; Id., Sez. IV, 21 gennaio 2008, Bresin, *ivi*, n. 238679.

¹⁸ In questo senso, VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema di individuazione satellitare g.p.s.*, in *Giur. it.*, 2003, 2375; IACOBACCI, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. pen.*, 2011, III, 365 ss. Emblematico, in chiave dubitativa, il titolo di PERETOLI, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, in *Dir. proc. pen.*, 2003, 95.

¹⁹ Giova sottolineare che in questo senso si sono orientate le difese degli imputati nel caso di specie.

²⁰ Invero, questo inquadramento imporrebbe la necessità di analizzare anche il termine «comunicazione», che in chiave estensiva occuperebbe tutto ciò che in sé determini uno scambio di informazioni e

ta tra due o più persone²¹ ne escluderebbe l'analogia, poiché con il *tracking* elettronico si apprenderebbe unicamente la posizione nello spazio dell'oggetto su cui il congegno viene collocato²². In quest'ottica, nondimeno, forti dubbi si innescano nel momento in cui la Cassazione utilizzi espressioni quali «*cosiddetta intercettazione "gps"*»²³, lasciando intendere come, talvolta, la chiarezza lessicale appaia un agire desueto e superabile. Da un lato, infatti, si esclude la sua sostanza, mentre dall'altro se ne sfrutta, evidentemente in modo improprio, la forma. Sembrerebbe allora preferibile che nell'idea di intercettazione, fuggendo da etichette equivoche, si ricomprendesse in via concettuale qualunque forma di intrusione all'interno di una qualsiasi attività mediante "cattura" di dati che in spregio ai caratteri della riservatezza ledano l'individuo soccombente, a prescindere, dunque, dal numero dei soggetti coinvolti e dalla tipologia dei mezzi impiegati.

Tra le altre opzioni ermeneutiche, non richiamate in modo esplicito dalla decisione ma pur sempre utili all'inquadramento di un'analisi *ex post*, si è poi inserita quella dottrina²⁴ che ha ritenuto tale attività assimilabile ad un'ispezione personale per la sua caratteristica di "osservare elettronicamente", a disagio del principio di inviolabilità della libertà di cui all'art. 13 Cost. Senonché, essendo l'operazione ispettiva volta ad accertare «*le tracce e gli altri effetti materiali del reato*»²⁵, o al massimo a descrivere lo stato attuale o preesistente dei luoghi, si è confutato che il pedinamento satellitare non presenti attributi siffatti e che dovendosi svolgere all'insaputa dell'indagato de-

notizie, di partecipazione o di trasmissione di dati. In questo senso, PERETOLI, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, cit., 95.

²¹ Sulla definizione, per tutte, cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 2094, con nota di FILIPPI.

²² Si riconosce che su questa linea si siano orientate la giurisprudenza e la dottrina dominanti. Da un lato, cfr. Cass., Sez. V, 10 marzo 2010, Z.B., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1464; Id., Sez. I, 9 marzo 2010, Congia, cit.; Id., Sez. VI, 11 aprile 2008, Sitia, cit. Dall'altro, cfr. BOTTI, *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio?*, in *Dir. & Giust.*, 2002, 22, 17; APRILE, SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano, 2004, p. 154 s.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 239; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 236; PERNA, *Mezzi atipici di ricerca della prova nell'attività di polizia giudiziaria: videosorveglianza, pedinamento e localizzazione satellitare*, in *Riv. polizia*, 2007, 672; DI PAOLO, "Tecnologie del controllo" e prova penale. *L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008, 252 ss.; STRAMAGLIA, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova "atipica"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 214; SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 584.

²³ Cfr. p. 22, § 2.2. della parte motivazionale.

²⁴ Benché isolata, questa è la tesi prospettata da CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, II ed., Milano, 2005, p. 333.

²⁵ V. art. 244, co. 1, c.p.p.

termini, peraltro, l'impossibilità di concepire un previo avviso a farsi assistere da una persona di fiducia (art. 245, co. 1, c.p.p.)²⁶.

Sulla stessa linea, stando ad un'altra impostazione²⁷, l'impiego del GPS non potrebbe nemmeno rientrare nell'alveo di un accertamento urgente sui luoghi, sulle cose e sulle persone ai sensi dell'art. 354 c.p.p. Anche qui, infatti, ontologicamente, se ne escluderebbero i tratti di attività volta alla conservazione delle tracce e delle cose pertinenti al reato in ragione dell'incompatibilità per il difensore di assistere durante i rilievi (art. 356 c.p.p.).

Alla luce di una multiformità di vedute, la sentenza qui analizzata, seguendo un consolidato orientamento²⁸, ha ricompreso il *tracking* satellitare nell'ambito delle generiche attività investigative non regolamentate (artt. 55, 348, 370 c.p.p.). Un istituto, in altri termini, da far rientrare nelle generali competenze della polizia giudiziaria, alla quale tradizionalmente spetta il compito di svolgere - su delega del p.m. o di propria iniziativa - tutti «*gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e (...) quant'altro debba servire per l'applicazione della legge penale*»²⁹. Stante la sua natura di «*modalità tecnologicamente caratterizzata di pedinamento*»³⁰, simile procedura andrebbe inserita tra i mezzi di ricerca della prova cosiddetti atipici o innominati e in alcun modo assimilabile all'attività di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

Per converso, anche in questa direzione, non sono mancate opinioni difformi³¹ che inquadrerebbero il mezzo in analisi nel solco dell'art. 189 c.p.p., in tema di prove non disciplinate dalla legge³². Dettando una specifica disciplina per l'assunzione delle prove c.d. innominate, la norma avrebbe il pregio di estendere le frontiere investigative al progresso tecnologico.

A nostro modo di vedere, entrambe le impostazioni debbono però essere contestate. Seguendo la prima, con eccessiva genericità si finisce per attribuire all'organo inquirente facoltà che necessiterebbero di una definizione. E con la seconda, per di più, non risulta garantirsi quel *minimum standard* previsto dai

²⁶ SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., 585.

²⁷ SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., 586.

²⁸ Cass., Sez. VI, 11 aprile 2008, Sitzia, cit.

²⁹ V. art. 55 c.p.p.

³⁰ In questo modo si esprime la Cassazione nella pronuncia in commento, p. 22, § 2.2. della parte motivazionale.

³¹ A. LARONGA, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in *Cass. pen.*, 2002, 3050.

³² In argomento cfr. PROCACCINO, *Prove atipiche*, in *La prova penale*, I, diretto da A. Gaito, Torino, 2008, pp. 265 ss.

canoni del giusto processo³³. Se per un verso si riconosce la *voluntas legis* di introdurre in capo al giudicante facoltà generiche e di ammissione delle prove non disciplinate dalla legge, dall'altro gli si impone il dovere di vagliarne a *priori* natura e modalità di assunzione, cosicché alle parti possa garantirsi, quantomeno, una conoscenza anticipata dell'*iter* che la prova atipica debba subire³⁴.

Altro profilo meritevole di attenzione, collocabile logicamente in sequenza rispetto a quello appena trattato e per ciò liquidato in poche righe dai passaggi della sentenza, attiene all'effettiva utilizzabilità nell'intero contesto processuale dei risultati ottenuti mediante localizzazione.

Il Supremo Collegio ha implicitamente affermato che i supporti informatici comprensivi dei dati sugli spostamenti del veicolo controllato non abbiano natura "irripetibile" e che di conseguenza non possano confluire nel fascicolo del dibattimento³⁵. Ha escluso, in effetti, possibilità acquisitive delle connesse relazioni di servizio, ammettendo che delle informazioni così ottenute il giudice abbia conoscenza solo attraverso la testimonianza della polizia giudiziaria incaricata dell'esecuzione (proprio come nei casi di pedinamento "tradizionale").

Una simile lettura, nondimeno, suscita dunque ancora delle riserve e segnatamente in termini di menomazione del diritto di difesa sotto il profilo dell'oralità e del contraddittorio (artt. 111 Cost.; 6 C.e.d.u.).

In particolare, il concetto di atto irripetibile³⁶, mai richiamato nella motivazione della pronuncia, è stato del resto affrontato più volte dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, riferendosi al legame sussistente tra l'atto processuale e il contenuto dell'attività svolta, considera tali «*tutti quegli atti che*

³³ Il secondo periodo dell'art. 189 c.p.p., infatti, afferma inequivocabilmente che «*il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova*», sembrando riferibile alle sole "prove" (*rectius*, "mezzi di prova") non disciplinate dalla legge e non anche ai "mezzi di ricerca della prova", rispetto ai quali sarebbe improprio parlare di "assunzione" probatoria. Il riferimento, dunque, andrebbe inteso esclusivamente nei confronti delle prove "costituende" e non anche di quelle "precostituite". Per di più, richiedendosi che le parti siano sentite sulle modalità di assunzione, sembrerebbe chiaro il riferimento ad un contraddittorio, che però, di fatto, viene negato per esigenze di segretezza e speditezza investigative.

³⁴ Sull'illegittimità della categoria dei "mezzi atipici di ricerca della prova", cfr. FALATO, *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni Gps*, in *Giur. it.*, 2010, 11.

³⁵ Un orientamento già adottato dalla sua stessa giurisprudenza. Tra le altre, cfr. Cass., Sez. I, 9 marzo 2010, Congia, cit., la quale espressamente ha ritenuto che «*una volta esclusa ogni riferibilità alla disciplina sulle intercettazioni, non sussistono i presupposti per affermare che i supporti informatici relativi a tale attività di indagine debbano essere considerati "atti non ripetibili", così come accade per gli esiti delle intercettazioni, ed essere inseriti nel fascicolo del dibattimento*».

³⁶ Per un approfondimento, v. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009.

non possono essere rinnovati nella loro ontologica essenza, pur se rievocabili, tramite la lettura del verbale, in un'occasione cronologicamente successiva»³⁷. Rientrerebbero in questa prospettiva sicuramente perquisizioni e sequestri, ma anche, secondo noi, tutti gli altri atti che – come il pedinamento satellitare ovvero quello tradizionale – si esauriscono nel loro compiersi, divenendo riproducibili solo grazie alla documentazione.

Si potrebbe, in aggiunta, del pari sostenere che una simile categoria, attraverso l'inclusione degli atti investigativi all'interno del fascicolo del dibattimento, sollevi anzitutto problemi di compatibilità con il principio del contraddittorio nella formazione della prova, consentendosi in tal modo che un atto formato nella fase procedimentale venga letto e utilizzato dal giudice ai fini della decisione³⁸. In questa prospettiva, a fronte dell'esigenza di bilanciamento tra il principio anzidetto e l'interesse alla ricerca della verità processuale, è utile ricordare che l'«irripetibilità di un atto procedimentale sia riscontrabile soltanto ove si ravvisi l'esistenza di un risultato “ulteriore ed estrinseco” rispetto alla mera attività investigativa della polizia giudiziaria, il quale non sia più riproducibile in dibattimento se non con la perdita di informazione probatoria o della sua genuità»³⁹. Insomma, *ictu oculi*, caratteristiche ben riscontrabili nell'essenza del sistema di rilevamento satellitare.

Un aspetto, tuttavia, deve ulteriormente rimarcarsi. Le coordinate segnalate (c.d. tracciati), per espressa ammissione nella sentenza, sono trasfuse nelle annotazioni di p.g. costituendo prova delle operazioni compiute. E allora un quesito non indifferente emerge con forza: quali controlli sull'attività di trasposizione degli spostamenti da supporto tecnico a quello documentale? Eventuali elusioni di “ricapitolazione scritta” sarebbero indisturbatamente messe a tacere dalla semplice testimonianza dell'operante che tutto è avvenuto nel rispetto delle forme. Anche se, a questo punto, verrebbe da chiedersi quali forme, se poi non si dà modo alla difesa, oltre che al giudicante, di riscontrare in concreto la simmetria tra il *quantum* “rilevato” e quello “documentato”. Considerazioni queste che, sulla stessa linea di garanzia, hanno già portato a dei traguardi in tema di rilascio delle copie delle tracce foniche relativamente alle intercettazioni⁴⁰. In questo contesto, invece, la prassi giurispru-

³⁷ Oltre che per un'ampia ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, cfr. al riguardo Cass., Sez. VI, 8 giugno 2004, Aiuto, in *Mass. Uff.*, n. 230375.

³⁸ Per espressa previsione costituzionale (art. 111, co. 5, Cost.) una deroga al principio *de quo*, come noto, non può ammettersi che in presenza di un'«accertata impossibilità di natura oggettiva», la quale, diversamente detto, legittima la piena valenza probatoria di un atto irripetibile nei casi in cui non si debba disperdere la prova per situazioni indipendenti dalla volontà umana.

³⁹ Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, P.M. in proc. Greco, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1155.

⁴⁰ Sul punto si v. Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit., 804, e il confronto dottrinale tra A. GAITO,

denziale – di cui la sentenza Bellino rappresenta un chiaro esemplare – continua a mostrarsi refrattaria, riproducendo, volta dopo volta, motivazioni approssimative e sfuggenti su tali questioni, che del tema conservano solo l'attitudine al raggiungimento dello scopo investigativo a scapito delle implicazioni di ordine sistematico.

Ma allora, se, contrariamente a quanto sostenuto dalla Cassazione nel caso di specie, il mezzo di ricerca *de quo* presenta nella sostanza i tratti tipici dell'atto irripetibile, se ne dovrebbe del pari dedurre la necessità di una minuziosa e motivata documentazione con riferimento a tutto il suo *iter* evolutivo, evitando che operazioni come quella di trasporre i dati tracciati su documento scritto rimangano prive di un riscontro immediato. Ciò permetterebbe, infatti, di ricondurre a parità la compressione dei principi subita in partenza, scongiurando vieppiù *escamotage* processuali, come quello adottato in concreto (v. testimonianza dell'operante sui risultati del monitoraggio), che ne legittimino l'utilizzabilità ai fini della decisione. Solo così, riconoscendone una siffatta natura e ammettendone l'allegazione al fascicolo del dibattimento, si assicurerebbe anche al difensore la possibilità di visionare per tempo le registrazioni satellitari per verificarne genuinità e concreta valenza probatoria¹¹.

4. Orbene, sul piano dei diritti fondamentali, partendo da quanto affermato dall'unico precedente europeo al riguardo¹² – menzionato dal Supremo Collegio soltanto perché richiamato da una delle difese – non può negarsi che l'impiego del sistema di localizzazione GPS abbia realizzato, ad ogni modo, un'interferenza nel diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 C.e.d.u. Nello specifico, sotto due profili che seguono i momenti della prassi applicativa: da un lato, la fase di installazione del *transponder* all'interno dell'abitacolo da controllare; dall'altro, l'operazione di sorveglianza vera e propria. Questi aspetti, puntualmente sottovalutati dalla pronuncia in analisi, aprono nuovamente le porte alla nostra critica.

Quanto al primo, si deve ricordare che l'autovettura destinata all'uso personale possa rientrare nei luoghi di "privata dimora" indicati dall'art. 614 c.p., poiché «è indifferente che il luogo sia interamente chiuso o parzialmente aperto, purché (...) si trovi isolato dall'ambiente esterno in modo da rendere palese e normalmente efficace la volontà degli abitanti di appartarsi a vita domestica,

La prova per intercettazioni: adempimenti formali ed omissioni sostanziali, in *Giur. it.*, 2011, 713, e SANTORIELLO, *Diritto alla traccia fonica: tanto rumore per nulla*, *ibidem*, 715.

¹¹ In questo senso Corte eur. dir. uomo, 9 maggio 2003, Papageorgiou c. Grecia; Id., 16 febbraio 2000, Fitt c. Regno Unito.

¹² Si ripete, ancora, Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, cit., 395.

e quindi di escludere gli estranei»⁴³. Un'esegesi⁴⁴, questa, che nonostante le oscillazioni della Cassazione ha ottenuto in più occasioni il plauso di un suo orientamento⁴⁵, secondo il quale, posti a confronto gli artt. 14 Cost. e 614 c.p., l'abitacolo dell'autovettura andrebbe ricompreso nel concetto di privata dimora sul presupposto che configuri un luogo in cui, oltre all'abitazione, possano assolversi anche funzioni di protezione della vita privata, come il riposo, l'alimentazione, le occupazioni professionali e perfino le attività di svago⁴⁶. Una tale impostazione, per l'effetto, comporta che le garanzie di cui agli artt. 14 Cost. e 8 C.e.d.u. vengano estese ai casi di accesso *invito domino* nell'autovettura. La "semplice" applicazione di una microspia nell'abitacolo per ricavarne un controllo costante e prolungato, anche se solo della posizione, crea dei limiti all'esercizio di un diritto che per sua natura non dovrebbe subire eccezioni, se non nei casi previsti dalla legge.

In secondo luogo, per ciò che attiene al momento delle vere e proprie operazioni di sorveglianza dell'automobile e di tracciamento della sua dinamica, si rileva come l'attività espletata abbia indotto a una lesione del diritto alla *privacy* in quanto tale. Detto all'americana, del *right to the public anonimity* ("diritto all'anonimato")⁴⁷, inteso come specifico aspetto di essa nella frequentazione dei luoghi pubblici e nella libera circolazione sul territorio. Inquadrabile oggi tra i diritti inviolabili della persona, trova così il proprio riferimento normativo nell'art. 2 Cost.⁴⁸, consistendo «nella tutela di situazioni e di vicende personali e familiari dalla curiosità e dalla conoscenza pubblica»⁴⁹. Nel caso in esame, potrebbe addirittura parlarsi di un "diritto a non essere localizzati", quale specificazione del diritto alla riservatezza, che inevitabilmente si ricollega al diritto di autodeterminarsi scegliendo una propria libertà di movimento. Di conseguenza, andrebbero ricompresi nell'ambito dell'art. 8 C.e.d.u. «tutta la

⁴³ V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, V ed., VIII, Torino, 1985, p. 851.

⁴⁴ Adesivamente, A. GAITO, *Sconcerti quotidiani*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, cit., 12 ss.

⁴⁵ Cass., Sez. II, 12 marzo 1998, Zagaria, cit.; Id., Sez. I, 10 agosto 2000, Nicchio e altro, cit.

⁴⁶ Analogamente, nell'ambito della tutela domiciliare in relazione alle videoriprese, si è anche affermato (v. Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, cit.) che la nozione costituzionale di "domicilio" «individua un rapporto tra la persona e un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo anche da sottoporre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli quindi la riservatezza. Ma il rapporto tra la persona e il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente».

⁴⁷ In argomento, per uno sguardo all'esperienza d'oltreoceano, si veda DI PAOLO, *Acquisizione dinamica dei dati relativi all'ubicazione del cellulare ed altre forme di localizzazione tecnologicamente assistita. Riflessioni a margine dell'esperienza statunitense*, in *Cass. pen.*, 2008, 1219.

⁴⁸ Così, già da tempo, Corte cost., n. 38 del 1973; nonché da ultimo, Cass., Sez. Lav., 25 marzo 2003, n. 4366, www.legge-e-giustizia.it.

⁴⁹ Così, espressamente, Corte cost., n. 38 del 1973, cit.

gamma di situazioni che, in qualsivoglia modo e con qualsivoglia mezzo (auditivo, visivo, audiovisivo, materialmente apprensivo di dati di comunicazione e corrispondenza) carpisc[a]no momenti di vita privata e di comunicazioni del soggetto, nonché il domicilio»⁵⁰. E ancora, per concludere, «qualsiasi limitazione al rispetto della vita privata»⁵¹, con l'appunto che ogni intrusione costituisca una vera e propria «ingerenza della pubblica autorità» nella sfera privata, «anche quando di essa non [ne] sia [stato] fatto un uso processualmente rilevante»⁵².

Sulla base di queste considerazioni, aggiornate peraltro dai continui sviluppi della giurisprudenza europea e nostrana sulla tutela della riservatezza, non si comprende come la Cassazione abbia potuto, ancora una volta, chiudere gli occhi alla problematica, ritenendo così semplicemente la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle norme richiamate in massima.

5. Posto che, come testimoniato dalla decisione qui evidenziata, sempre più spesso alcun riferimento è dato riscontrare in merito alla documentazione relativa alle operazioni di installazione delle apparecchiature, oltre alla preoccupante impossibilità di esperire controlli sulla legittimità di esse⁵³, la pratica presenta scenari che alla fine dei conti rimangono indebitamente “segreti”⁵⁴. Gli approdi della giurisprudenza nazionale⁵⁵, di quella europea⁵⁶ e di quella d’oltreoceano⁵⁷, impongono, ora più che mai, una rivisitazione immediata della tematica, che tenga allora conto della maggior tutela dei diritti messi a re-

⁵⁰ Cfr. S. FUREARO, voce *Riservatezza*, cit., p. 1069.

⁵¹ Sentenza 15 maggio 2000, Khan c. Regno Unito, cit.

⁵² Seppur datate, le sempre attuali sentenze 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera; e 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera.

⁵³ Una prassi questa rientrante nell’ambito dei c.d. sconcerti quotidiani, così A. GAITO, *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, a cura di A. Gaito, Roma, 2011, 11.

⁵⁴ Illuminanti appaiono le parole di BOBBIO, *Democrazia e segreto*, a cura di Revelli, Torino, 2011, p. 44 s., secondo il quale «in linea generale si può dire che il segreto è ammissibile quando esso garantisce un interesse protetto dalla Costituzione senza ledere altri interessi egualmente garantiti (o perlomeno occorre fare un bilanciamento degli interessi). (...) Negli affari pubblici di un regime democratico (...) la pubblicità è la regola e il segreto è l’eccezione (...). Proprio perché la democrazia presuppone la massima libertà degli individui singolarmente considerati, questi debbono essere protetti nei riguardi di un eccessivo controllo da parte dei pubblici poteri della loro sfera privata, e proprio perché la stessa democrazia è quel regime che prevede il massimo controllo dei pubblici da parte degli individui, questo controllo è possibile soltanto se i pubblici poteri agiscono col massimo di trasparenza».

⁵⁵ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, cit.

⁵⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, cit., 395.

⁵⁷ Corte Supr. U.S.A., 23 gennaio 2012, U.S. v. Jones, in www.archiviopenale.it, con nota adesiva di L. FILIPPI, *Il GPS è una prova “incostituzionale”? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, cit., 309 ss.

pentaglio da una pratica tanto spregiudicata. Improcrastinabile appare per ciò un chiarimento ponderato sull'inderogabilità delle garanzie costituzionali e convenzionali aggredite (indirettamente anche dalla persistente latitanza del legislatore). Dall'affermazione che riconosce l'invasività dell'utilizzo del GPS nel diritto alla vita privata di cui all'art. 8 C.e.d.u.⁵⁸, discendono, secondo la nostra visione, conseguenze non trascurabili: per un verso, l'impossibilità per i giudici nostrani di continuare a negare che una simile attività investigativa interferisca con i diritti fondamentali; per l'altro, ancor di più, la necessità che il suo impiego sia previsto dalla legge. La norma convenzionale sarebbe valorizzata solo qualora l'impianto normativo indicasse natura, scopo, durata e motivi della sua adozione; autorità competente ad autorizzare, condurre e supervisionare la sua intera applicazione; e, infine, rimedi esperibili dall'interessato nei casi di fenomeni *contra legem*⁵⁹.

A tacer d'altro, una soluzione ermeneutica come quella ora adottata dalla Cassazione, benché in linea con un orientamento consolidato, lascia senz'altro inappagati, non potendo farsi rientrare in una semplice attività di controllo e accertamento della polizia giudiziaria (artt. 55, 348, 370) – determinandosi quale indagine “a forma libera” – un mezzo capace di interferire così facilmente nella riservatezza della persona, e a catena di penetrare nei connotati del giusto processo. Per questo, seppur al limite di una promiscuità concettuale, a nostro modo di vedere, le garanzie esecutive attuate dalla disciplina delle intercettazioni⁶⁰, sembrerebbero *sic et simpliciter* la soluzione preferibile che accomuni esigenze d'indagine e tutela dei diritti fondamentali. Un'opzione che a ben guardare, stante l'inadeguatezza del regime tuttora applicato e in considerazione degli interessi in gioco puntualmente lesi, garantisca tanto la determinatezza⁶¹ (corollario della riserva di legge) quanto l'autorizzazione specifica, motivata⁶² e proporzionata⁶³ sulle modalità di impie-

⁵⁸ Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, cit., 395.

⁵⁹ Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, cit., 395.

⁶⁰ *Mutatis mutandis*, cfr. Corte eur. dir. uomo, 12 giugno 2003, Chalkley c. Regno Unito, per la quale «l'ingerenza nella vita privata attraverso strumenti di intercettazione telefonica e/o ambientale deve essere disciplinata minuziosamente dalla legge, non soltanto in relazione ai casi nei quali essa può essere attuata ma anche nel modo attraverso il quale i dispositivi di intercettazione sono introdotti e utilizzati».

⁶¹ Per un approccio in questi termini del dato positivo si veda Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, la quale, in toni lungimiranti, specificava che la chiarezza delle disposizioni interne è imposta dall'esigenza «di rendere ogni interferenza ragionevolmente prevenibile». Analogamente, Id., 12 maggio 2000, Khan c. Regno Unito; Id., 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera; Id., 26 marzo 1987, Leander c. Svezia.

⁶² Cass., Sez. Un., 21 settembre 2002, Primavera, cit.; Id., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.; Id., 26 novembre 2003, Gatto; Id., 28 gennaio 2003, Ferrazzi, cit.; Id., 29 novembre 2005, Campenni, cit.

⁶³ Corte eur. dir. uomo, 29 marzo 2005, Matheron c. Francia; Id., 23 settembre 1998 McLeod c. Regno Unito.

go e svolgimento da parte dell'autorità giurisdizionale (riserva di giurisdizione e obbligo di motivazione).

Non si discute, per altro verso, che alla base dell'esigenza investigativa, valorizzata ancora una volta dalla Cassazione per far fronte a delitti di particolare rilievo politico-criminale, si celi in ogni caso la protezione della collettività, ma è pur vero che il rispetto delle forme, dei tempi e delle garanzie sottese ad essa esaltino il grado di democrazia di un paese⁶⁴ sopperendo al *quantum* di invadenza sofferto dall'indagato. È così che il modello del "giudizio costituzionalmente dovuto", nato dalla sinergia degli artt. 111 Cost. e 6 C.e.d.u., abbisogna di uno spirito continuo, volto, prima di tutto, alla considerazione che la mancanza di garanzie o la vigenza del principio "tutto è concesso all'esercizio dell'azione penale" siano concepiti alla stregua di un "fossile" dell'ordinamento, e, in secondo luogo, alla prosecuzione della strada che conduce al bando di quelle tacite elusioni delle afasie sistematico-interpretative presenti, molto spesso annidate tra le soluzioni della giurisprudenza.

⁶⁴ Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 1983, Silver e altri c. Regno Unito; Id., 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania.