



L'introduzione del virus di Stato nelle intercettazioni ambientali: il trojan e le sue ricadute costituzionali

di

Sarah Grieco*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Lo strumento investigativo delle intercettazioni e la tutela dei diritti inviolabili dell'individuo – 2.1. La tutela dalla riservatezza nel diritto internazionale – 2.2. I diritti costituzionalmente garantiti: il diritto alla riservatezza e la tutela del "domicilio" - 3. L'intervento della L. 23 giugno 2017, n. 103: la Riforma Orlando in ambito di intercettazioni – 3.1 Il captatore informatico: natura, rischi, opportunità

1. Premessa

In una società dalle comunicazioni sempre più varie e tecnologicamente complesse, le intercettazioni non possono che rappresentare il mezzo di ricerca della prova più prezioso, e talvolta indispensabile, per gli organi inquirenti al fine di garantire l'efficienza delle indagini e, pertanto, il corretto esercizio dell'azione penale.¹

L'irrinunciabilità a tale mezzo è legato al fortissimo contenuto informatico di cui è connotato, che lo rende portatore di "certezze informatiche"².

Questo strumento di assoluta priorità nelle metodiche investigative contemporanee, tuttavia, pone non poche difficoltà applicative in quanto numerosi, e di difficile contemperamento, sono gli interessi che la stessa coinvolge.

La materia rappresenta, da molto tempo, il luogo di confronto tra opposte esigenze: l'efficacia dell'azione investigativa, da un lato, e la protezione dei fondamentali diritti di libertà dell'individuo, dall'altro. Ben presto, infatti, le intercettazioni si

* Dottoranda di ricerca presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016,7, pp. 921 ss.

² BALDUCCI, *Le Garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Collana Studi di diritto processuale penale, ed. Giuffrè, Milano, 2002, p.50.

sono rilevate uno strumento “da maneggiare con cura” per la loro capacità invasiva e per il loro necessario incrocio con beni di primissimo rango costituzionale, rafforzati da una speciale protezione, quali l’inviolabilità del domicilio, l’inviolabilità e la segretezza della corrispondenza, e di ogni altra forma di comunicazione, nonché il diritto alla riservatezza come componente essenziale dei diritti umani inviolabili, sanciti dall’articolo 2 della nostra Tavola Costituzionale; beni, questi, presi in considerazione e valorizzati anche da plurime fonti normative sovranazionali, come si analizzerà più dettagliatamente nel proseguo del presente articolo. Tra queste, indubbiamente l’articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e le libertà fondamentali, la quale attribuisce rilievo primario al diritto di ogni individuo al rispetto della sua vita privata e familiare, accordando protezione contro le ingerenze ingiustificate delle Autorità pubbliche; gli articoli 7 e 8 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea che tutelano, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, ed il diritto alla protezione dei dati personali.

Questa difficile coesistenza trae le sue origini non dagli ultimi anni, ma a partire dal secolo scorso, quando il rapido sviluppo tecnologico, con le sue importanti ripercussioni sul piano empirico, ha concretizzato la possibilità di effettuare l’ascolto a distanza e la registrazione di conversazioni tra soggetti contestualmente presenti.

Il legislatore, sulla scia di questo intenso dibattito giuridico e sociale, ha ritenuto maturi i tempi per un intervento riformatore e lo ha realizzato con la Legge 23 giugno 2017, n. 203 la quale, nel contesto di un’ampia riforma della normativa penale, ha delegato il Governo ad emanare una nuova disciplina delle intercettazioni su aspetti di rilievo primario. Il 24 luglio 2018, su proposta del Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, il Consiglio dei Ministri ha approvato - con il c.d. Decreto Milleproroghe - la proroga dell’entrata in vigore delle disposizioni in tema di intercettazioni di cui al D.lgs. n. 216/2017, in attuazione della delega contenuta nella Legge n. 103/2017. Il termine originariamente fissato al

26 luglio 2018, è stato posticipato al 31 marzo 2019. Durante la conferenza stampa che ha seguito la riunione del Consiglio, il Guardasigilli ha ribadito che le intercettazioni "sono uno strumento d'indagine fondamentale" e, per questo, la norma che le regola necessita di una profonda rivisitazione, anche per "impedire che venga messo un bavaglio all'informazione".

In attesa della riscrittura della norma - che il Governo preannuncia "più equilibrata, coinvolgendo tutte le parti in gioco"³ - questo contributo mira a porre in luce le principali criticità sul piano costituzionale, e non solo, di questo imprescindibile strumento investigativo.

2. Lo strumento investigativo delle intercettazioni e la tutela dei diritti inviolabili dell'individuo

Non è dato rinvenire nel codice di rito una definizione del termine di intercettazione, preoccupandosi il legislatore di stabilirne piuttosto limiti di ammissibilità, presupposti di applicabilità e modalità di esecuzione. Concordemente con autorevole dottrina⁴, può essere definita intercettazione ai sensi degli articoli 266 e seguenti del codice di rito, tutte quelle captazioni, a mezzo di strumenti tecnologici di percezione, di comunicazioni o conversazioni, che si svolgono sia "a distanza" - a mezzo del telefono o di altre forme di telecomunicazioni - che "tra presenti", le cd. intercettazioni ambientali, da soggetti estranei alle stesse e con modalità clandestine. Restano, pertanto, escluse dal concetto di intercettazione tutte quelle captazioni di conversazioni, comunicazioni o video effettuate da parte di chi partecipa al colloquio oggetto di captazione;

³ Così il Ministro della Giustizia, Alfonso BONAFEDE, durante la conferenza stampa del 24 luglio 2018.

⁴ BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993; GROSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, vol. XXI, pp. 889 ss.; ILLUMINATI, *Intercettazione o semplice "ascolto" di comunicazioni tra presenti?*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 180; Id., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, pp. 37 ss.; FUMU, *Commento agli artt. 266 - 271 c.p.p.*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, II, pp. 771 ss.; SIRACUSANO - GALATI - TRANCHINA - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 1999, vol. I, pp. 424 ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2000, pp. 253 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, pp. 271 ss.; CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, op. cit., pp. 85 ss.

qualora l'interlocutore sia un operatore della polizia, tali attività non possono rientrare neppure nell'alveo delle cd. prove atipiche, in quanto sarebbero contrastanti con gli articoli 188 e 189 c.p.p., posti a presidio della libertà morale della persona. Caso diverso è, tuttavia, quando l'attività di captazione avviene attraverso riprese video in spazi aperti; non trattandosi di luoghi coperti dalle garanzie di protezione di cui agli articoli 14 e 15 C (cfr. *infra*), l'attività degli agenti diviene assimilabile al mezzo di ricerca della prova atipico, quale il pedinamento e, pertanto, non richiede alcuna autorizzazione.

Pur essendo state inserite dal legislatore tra i mezzi di ricerca della prova, le intercettazioni si discostano profondamente dal paradigma degli altri strumenti disciplinati dal titolo terzo dell'omologo libro del Codice di rito. Tale diversità risiede in due principali aspetti. Da un lato, gli elementi di prova che da essa scaturiscono, presentano i caratteri tipici delle prove dichiarative, introdotte direttamente nel fascicolo del dibattimento ex art 268, comma 7 c.p.p. e, pertanto, pienamente utilizzabili per la decisione, senza tuttavia essere provviste di quel tipo e grado di contraddittorio che caratterizza l'assunzione delle prove dichiarative. L'altro aspetto distintivo è insito nel concetto stesso di intercettazione. Se, infatti, per intercettazione deve intendersi "quell'attività, intesa in senso tecnico, volta ad acquisire informazioni mediante l'ascolto, in tempo reale e in modo occulto, di conversazioni verbali senza che i soggetti interlocutori possano accorgersene al fine di non alterare la bontà del messaggio trasmesso"⁵, va da sé che, un siffatto quadro espositivo, rimanda fortemente a quelle garanzie costituzionali da tutelare oltre ogni misura poiché, di fatto, la concretizzazione di un'attività di ascolto, come quella in esame, comprime inevitabilmente la libertà personale del soggetto captato e mina la libertà e la segretezza della comunicazione; facoltà, queste, che costituiscono l'estrinsecazione della personalità dell'individuo.

Tali caratteristiche - che rendono questo uno strumento dalla "natura anfibia" tra un mezzo di ricerca della prova e un mezzo di prova - giustificano la scelta del

⁵ FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in *Soggetti. Atti. Prove*, (a cura di SPANGHER), Vol. I, in AAVV. *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER-MARANDOLA-GARUTI-KALB, Utet, 2015, p.965 ss.

legislatore di prevedere una maggiore ingerenza del giudice terzo, rispetto a quel che accade invece per gli altri mezzi di ricerca della prova. A questo, infatti, viene affidato il compito di autorizzare l'intercettazione richiesta dal Pubblico Ministero o di convalidarla, nei casi di urgenza, lasciando, così, all'organo dell'accusa la sua sola gestione.⁶

La ricerca di un complesso aspetto dicotomico intercorrente tra le esigenze di riservatezza, tipiche del procedimento penale e, più in particolare, della fase delle indagini preliminari, e quelle di giustizia, tipiche di una società civile, è alla base dei numerosi interventi della giurisprudenza e di una riforma legislativa volta a individuare un bilanciamento tra l'efficienza del sistema processuale con il diritto alla *privacy* ed alle altre garanzie individuali, senza compromettere neppure il diritto alla conoscenza ed all'informazione.

2.1. La tutela dalla riservatezza nel diritto internazionale

Il livello di tutela, nella specifica cornice di riferimento, è garantito non solo dalla Costituzione, ma dalle innumerevoli norme mutuatae dal diritto internazionale, recepite dal nostro ordinamento. Questo complesso sistema, in fase di applicazione delle norme, vede protagonista anche la Corte di Cassazione, spesso chiamata a dirimere, a Sezioni Unite, questioni di particolare complessità e delicatezza.

Da sempre la *privacy* trova il suo riconoscimento più incisivo nelle carte internazionali ed, in particolare, nell'art. 8 CEDU che - prevedendo il "diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che del domicilio e della corrispondenza" - tutela, come sottolineato ripetutamente dalla Corte Europea, il diritto alla riservatezza della vita privata in senso ampio, facendolo così rientrare a pieno titolo tra i diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti dai Trattati internazionali e patrimonio consolidato del mondo contemporaneo.⁷

⁶ Così GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI-BARGIS, VIII ed., Cedam, 2016, p.373.

⁷ Cfr. Corte europea, sent. 10 febbraio 2009, n. 25198/02, *Iordachi c. Moldavia*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 4021, con nota di BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, le realtà italiane, le prospettive di riforma*, ibidem.

La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o C.E.D.U., Convenzione internazionale redatta e adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, costituisce il testo centrale in materia di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, in quanto è l'unico dotato di un meccanismo giurisdizionale permanente che consenta ad ogni individuo di richiedere la tutela dei diritti ivi garantiti, attraverso il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo.

E' proprio la Corte europea, con i suoi ripetuti interventi sul tema, ad aver circoscritto e chiarito al meglio quel perimetro di riservatezza della vita privata tutelata dalla Convenzione. I giudici di Strasburgo, in maniera alquanto perentoria e definitiva, hanno affermato che rientra nella previsione della norma "qualsiasi limitazione al rispetto della vita privata"⁸, per cui, oltre le intercettazioni delle comunicazioni telefoniche o tra presenti, la corrispondenza⁹, le riprese visive all'interno di luoghi di privata dimora ovvero nei luoghi che tali comunque devono intendersi¹⁰, l'introduzione nel domicilio¹¹, sono condotte che cadono entro la previsione della norma.

Delineati gli ambiti del diritto da tutelare, la Convenzione stabilisce un generale divieto di ingerenze della pubblica autorità. Prevede che possono essere ammesse violazioni del diritto fondamentale alla vita privata ove esse siano giustificate da una legge dello Stato interessato che, sempre secondo i canoni fissati dalla Corte, deve tuttavia essere chiara ¹²nella forma e specifica nel contenuto, al fine di rendere

⁸ Corte europea, sent. 15 marzo 2000, n.35394/97, *Khan c. Regno Unito*, in banca dati *Ministero della Giustizia – Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, www.giustizia.it.

⁹ Corte europea, sent. 14 marzo 2002, n. 44800/98, *Puzinas c. Lituania*, *ibidem*.

¹⁰ Corte europea, sent. 12 maggio 2005, n. 46221/99, *Ocalan c. Turchia*, *ibidem*, a proposito degli ambienti delle carceri ove il recluso esprime quel minimo di vita privata che comunque gli è consentito.

¹¹ Corte europea, sent. 23 settembre 1998, *McLeod c. Regno Unito*, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 1999, p.336.

¹² La previsione precisa della situazione legittimante, è correlata all'esigenza di specificare in astratto, le circostanze e le condizioni in presenza delle quali l'"Autorità è autorizzata a violare segretamente, con la potenziale pericolosità che questo comporta, la vita privata di un individuo".

l'ingerenza dello stato prevedibile, riconoscibile e controllabile¹³ dal cittadino. La norma, però, non riconosce agli Stati membri una piena libertà nella definizione di tali violazioni: esse sono ammesse esclusivamente per la realizzazione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della prevenzione dei reati, e del benessere economico della nazione, fermi restando comunque i limiti, che possono dirsi di "ragionevolezza", costituiti, per un verso dalla "necessità" rapportata al mantenimento di una società democratica, e, dall'altro verso, dall'utilizzazione del mezzo meno invasivo possibile adatto al raggiungimento dello scopo e all'esistenza di garanzie contro gli abusi. Pertanto, i limiti di ammissibilità dell'ingerenza vanno verificati sia sul piano della "proporzionalità", circa la giustificazione invocata, per non superare i limiti della necessità, sia sul piano di un reale "controllo", così da risultare delimitato il pericolo implicito nell'azione segreta di una parte dell'apparato dello Stato sul cittadino¹⁴. Accessibilità, conoscibilità, previsione, in quanto attinenti alla regola interna che legittima l'intrusione e stabilisce la tutela, costituiscono, dunque, nel sistema delineato dalla Corte europea, la base concreta del controllo¹⁵.

La Corte, infine, si è anche più volte espressa sul diritto alla riservatezza dei colloqui tra difensore e suo assistito, che trova riscontro nell'art. 6 CEDU in tema di giusto processo, con particolare riferimento al rispetto del diritto di difesa.

Le esigenze esegetiche curate in questi anni dalla Corte Europea sono sostanzialmente due. La prima si sostanzia nel fatto che non è sufficiente, ai fini della legittimità convenzionale, che l'ingerenza dell'Autorità sia corrispondente ad un "pressante bisogno sociale"¹⁶ e sia, in quanto tale, prevista da una normativa che la legittimi; essa deve essere innanzitutto, "proporzionata rispetto alla

¹³ Sul rigore dei controlli cfr. Corte europea, sent. 26 marzo 1987, n. 9248/81, *Leander c. Svezia*, in banca dati *Ministero della Giustizia – Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, www.giustizia.it.

¹⁴ Corte europea, 6 settembre 1978, n. 5029/71, par. 36, *Klass c. Germania*, in banca dati *Ministero della Giustizia – Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, www.giustizia.it così sintetizza: "Quale che sia sistema di sorveglianza tenuto, la corte deve convincersi dell'esistenza di garanzie adeguate sufficienti contro gli abusi".

¹⁵ Corte europea, sent. 29 marzo 2005, n. 57752/00, *Matheron c. Francia*, in *Osservatorio sulla Corte di Strasburgo*, 2005.

¹⁶ Corte europea, sent. *McLeod cit.*

giustificazione invocata, per non oltrepassare i limiti della necessità” e sottostare ad un sistema di controllo adeguato ed effettivo, tale da risultare “del tutto controbilanciato e adeguatamente arginato il pericolo insito nell’azione segreta di una parte dell’apparato Stato sul cittadino”. In secondo luogo, è da tenere in considerazione il fatto che gli interessi dell’Autorità vanno bilanciati con la gravità con cui si ledono gli interessi del singolo, nel momento in cui se ne viola la vita privata, posto che qualsiasi sistema segreto di sorveglianza, pur finalizzato al mantenimento della sicurezza nazionale o all’ordine pubblico, comporta sempre il rischio di minare o addirittura distruggere la democrazia che presume di difendere.¹⁷

2.2. I diritti costituzionalmente garantiti: il diritto alla riservatezza e la tutela del “domicilio”

Nel nostro sistema, a sciogliere ogni riserva, interviene la stessa Costituzione ammettendo una compressione dei diritti “in casi eccezionali”, “nei soli casi e modi previsti dalla legge” e specificando che “la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dall’Autorità Giudiziaria”.

L’articolo 2 della Costituzione viene letto come “un catalogo aperto di diritti”, ossia come una formula in bianco che consente di importare nel sistema dei diritti tutelati dalla nostra Tavola Costituzionale tutti quegli interessi che l’evoluzione della coscienza sociale porta ad accreditare¹⁸.

Tuttavia i muri maestri su cui edificare l’intera disciplina delle intercettazioni sono rappresentati dalla doppia riserva, di giurisdizione e di legge, sancita dall’art.15 C. Quest’ultima norma, sancendo il diritto alla riservatezza della corrispondenza e delle comunicazioni, - pur facendo ricorso alla stravagante espressione “con le garanzie previste dalla legge”, che comunque non ne modifica il nucleo - rinvia espressamente alla più ampia tutela della libertà personale ex art 13 C.

¹⁷ Corte europea, 24 ottobre 1983, nn. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 e 7136/75, *Silver e alt. c. Regno Unito*, in banca dati Ministero della Giustizia – Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, www.giustizia.it.

¹⁸ BIN – PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, XII Edizione, Torino, 2012, p. 523.

Qualora si tratti di intercettazioni ambientali - ovvero di comunicazioni che avvengono in uno spazio ben determinato e circoscritto - la disamina giuridica sul tema diventa ancora meno agevole, in quanto alla tutela sancita dall'art 15 C si affianca quella prevista dal precedente art.14 C in tema di inviolabilità del domicilio; tale concetto va inteso in senso più ampio di quello di "dimora" ex art 614 cp, in quanto viene identificato come luogo che garantisce un "area di intimità e riservatezza"¹⁹.

Altro elemento di complessità di questo particolare tipo di intercettazioni, risiede nel fatto che le ambientali sfuggono a regole predeterminate perché eseguite spesso con apparecchiature e metodi diversi, sempre in continua evoluzione tecnica. L'elemento determinante che regola l'ammissibilità di questo mezzo di ricerca della prova, aspetto sul quale in particolare i Pubblici Ministeri sono particolarmente sensibili, è il rispetto dei limiti costituzionali della libertà personale, della segretezza e del domicilio.

In verità sulla nozione di "domicilio" ex art 14 C, così come su quello di "privata dimora", prevista dall'art. 614 c.p. - disposizione espressamente richiamata dal secondo comma dell'art. 266 c.p.p. - non si registrano interpretazioni univoche. Importanti approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali intervenuti sulla corretta definizione del concetto di domicilio, si sono risolti analizzando l'"intimità del legame tra soggetto e luogo", ampliandone generalmente la portata concettuale quando viene utilizzata in "funzione penale"²⁰, e "restringendola" quando l'ambito domiciliare rappresenta un limite allo svolgimento delle indagini²¹.

¹⁹ ZAINA, *Videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare*, in *Altalex*, 16.09.2014.

²⁰ Sul punto, tuttavia *contrariis*, si registra una recente sentenza della Cass. pen., S.U., 22 giugno 2017, n.31345, pres. CANZIO, in *Dir. pen e processo*, n.2/2017, p.1571, che, in tema di furto in abitazione ex 624 bis c.p., fornisce una nozione alquanto restrittiva di "privata dimora", escludendo nella fattispecie il ristorante dove la persona offesa esercitava la propria attività lavorativa, facendovi rientrare esclusivamente il luoghi dove la vita privata non si svolge "occasionalmente" e che non siano aperti al pubblico o accessibili a terzi, senza il consenso del titolare).

²¹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 10095, Pres. LOSAPIO, Lupo, in *Riv. giur. polizia*, 2001, p.611, in cui, affrontando il caso di un'intercettazione ambientale eseguita all'interno di un autoveicolo, ha sancito che quest'ultimo non può essere assimilato a un luogo privato, distinguendo così tra luoghi privati e luoghi di privata dimora. Si esclude, dunque, che sia

Tendenzialmente, dunque, il luogo di privata dimora è sempre costituito da cose immobili, a cominciare dall'alloggio, nel quale si sviluppa la privata esistenza, ma lascia spiragli interpretativi ammettendo anche quelle residue tipologie di beni mobili, purché sussista l'attualità dell'uso per finalità private.

Significative sul punto due pronunce giurisprudenziali: una datata, ma granitica, della Corte Costituzionale²² e la successiva della Suprema Corte a Sezioni Unite²³. Intervenute entrambe sul lacunoso tema della disciplina, e utilizzabilità, delle riprese video – che pur rappresentando una modalità di captazione al pari delle altre, non trovano disciplina nel codice di rito – si soffermano entrambe sul concetto di domicilio.

luogo di privata dimora l'abitacolo di un'autovettura, "essendo sfornito dei conforti minimi necessari per potervi risiedere stabilmente per un apprezzabile lasso di tempo"; cfr. altresì Cass. pen., Sez. I, 24 febbraio 2009, n. 13979, M.B., in Ced Cass., rv. 243556 in cui si esclude che sia luogo di privata dimora l'abitacolo di un'autovettura, "essendo sfornito dei conforti minimi necessari per potervi risiedere stabilmente per un apprezzabile lasso di tempo"; infine cfr. Cass. pen, Sez. VI, 23 gennaio 2001, n. 10095, op.cit., evidenzia come il concetto di privata dimora è sempre più ampio di quello di abitazione in quanto "rientra in esso qualsiasi luogo dove taluno si sofferma per compiere, anche in modo contingente o transitorio, lecitamente atti della propria vita privata, quali manifestazioni dell'attività individuale per i motivi più diversi".

²² Corte Costituzione, 24 aprile 2002, n.135 in www.cortecostituzionale.it. In particolare la Corte Costituzione, prima di introdurre il concetto di videoregistrazione di comportamenti comunicativi, equiparandoli alle intercettazioni ambientali con conseguente applicazione della relativa disciplina, si è soffermata sulla profonda attiguità tra i concetti di libertà domiciliare e personale, evidenziandone le medesime garanzie e definendo il domicilio come una "proiezione spaziale della persona (quindi non solo la propria dimora, ma anche luoghi in cui esercita la propria attività lavorativa), all'interno della quale vige il diritto di escludere gli altri, preservando tali luoghi da "interferenze esterne". La Corte ha anche precisato come le tipologie di limitazioni indicate dal secondo comma dell'art.14 C, non vanno intese in senso tassativo; queste, infatti, non rappresentano una lista chiusa ma solo la cristallizzazione delle intrusioni esistenti e conosciute all'epoca della redazione della Carta, a prescindere dal loro carattere di non clandestinità.

²³ Cass. pen., S.U. "Prisco", 28 marzo 2006, n. 26795, Pres. MARVULLO in *Arch. nuova proc. pen.*, 3/2017, p.402. Tale sentenza, richiamando i concetti già affrontati dalla Corte Costituzionale, fornisce una concezione più restrittiva di domicilio, escludendo l'idea che la tutela apprestata dall'art. 14 C possa essere estesa a "qualunque luogo in cui si tende a garantire intimità e riservatezza" (come un bagno pubblici o, come nel caso di specie, il *privè* di un locale). La suprema Corte pone invece l'accento sul requisito della stabilità del rapporto tra un luogo, generalmente chiuso, e la persona, che può essere intesa anche per un periodo di tempo limitato. Per tutti quei luoghi, continua la Corte, per i quali è comunque prevista un'aspettativa di mera riservatezza troverà applicazione il più generale art.2 C, che preserva la riservatezza nel suo complesso, così come previsto dalle carte sovranazionali e richiede, in caso di intromissioni dell'autorità, un provvedimento giudiziale di autorizzazione, non una disciplina specifica, per essere consentite e suscettibili di utilizzazione probatoria. Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. Giuffrè, Milano, 2017.

Preme, infine, sottolineare come incidono in maniera significativa a determinare gli spazi e l'ambito del diritto alla riservatezza anche la condotta e l'atteggiamento individuale: quando si registra un sostanziale disinteresse al riserbo, la tutela, che in astratto potrebbe essere apprestata, viene meno in concreto.²⁴

Ad ogni buon conto, il diritto alla riservatezza non si esaurisce nella tutela del domicilio e della corrispondenza, e neppure in quella più ampia della libertà personale, trovando nell'art.2 della Costituzione, e cioè nei diritti inviolabili dell'uomo, il suo riferimento normativo. Questa norma, infatti, rappresentando una "fattispecie aperta", consente di "canalizzare nel nostro ordinamento ed elevare a rango costituzionale, tutti quei diritti che, sentiti dalla evoluzione della coscienza sociale, hanno trovato consacrazione nelle Corti e nei Trattati internazionali, a prescindere dalla loro ratifica."²⁵

3. L'intervento della L. 23 giugno 2017, n. 103: la Riforma Orlando in ambito di intercettazioni

Il 3 agosto 2017 è entrata in vigore la legge 103/2017 che ha apportato modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario. La riforma Orlando può essere definita come una delle riforme più ambiziose in ambito penale, non solo per la vastità delle materie trattate ma anche per il dichiarato intento di allineamento degli istituti interni ai principi costituzionali ed internazionali.

Stante questa premessa, il *leitmotiv* del recente intervento riformatore, in tema di intercettazioni, non poteva non essere volto alla ricerca di una salvaguardia più

²⁴ Corte Costituzionale, 16 maggio 2008, n. 149 in www.cortecostituzionale.it. In particolare, intervenendo sempre in tema di intercettazioni di comunicazioni tra presenti con video ripresa, i giudici della Suprema Corte, dopo aver sottolineato le accezioni di tutela del domicilio nel duplice aspetto di *ius excludendi alios* e diritto alla riservatezza su quanto accade al suo interno, ha sottolineato come per la tutela apprestata dall'art. 14 C non basta che una certa condotta avvenga all'interno di un luogo definibile di "privata dimora", ma si svolga anche in condizioni tali da non renderla visibile a terzi (nel caso di specie, le condotte tutelabili in astratto si erano svolte nei pressi del davanzale di una finestra e, pertanto, non coperte dalla garanzia costituzionale dell'art. 14C).

²⁵ ZAMPAGLIONE, *Delega in materia di intercettazioni. Un costante bilanciamento di interessi*, in *La Riforma Orlando*, a cura di SPANGHER, *Nuove leggi Nuovo Diritto*, Pacini Giuridica, 2017, p.111.

incisiva della riservatezza, soprattutto per determinate categorie di soggetti - in particolare per tutti coloro estranei al reato ed al procedimento²⁶ - e di colloqui, come quelli tra il difensore ed il proprio assistito; un diritto alla *privacy* che non può soccombere neppure innanzi alle esigenze investigative e a quelle di informazione e cronaca.²⁷

E' proprio la riservatezza, infatti, - nonostante l'introduzione nel nostro sistema di un nuovo strumento d'indagine dalla enorme invasività come il cd. captatore informatico (cfr. *infra*) - a divenire il baricentro attorno al quale si è strutturata l'intera riforma.

L'intervento si fonda sulla protezione dei cd. "dati da tutelare", individuabili nelle intercettazioni inutilizzabili ed in quelle sensibili ai sensi della normativa sulla *privacy*, ovvero dei dati che non siano pertinenti all'accertamento dei reati o che siano irrilevanti.

In particolare, le direttive contenute nell'articolo 1, ai commi 82 e 84 della delega, rendono chiaro il complessivo intento legislativo: garantire in modo più avanzato ed efficiente, pur nel rispetto delle esigenze investigative, la riservatezza delle conversazioni e delle comunicazioni intercettate, con speciale riguardo alle persone occasionalmente coinvolte ed ai risultati intercettativi irrilevanti per il giudizio penale; sanzionare penalmente la diffusione di riprese audiovisive o registrazioni audio effettuate con frode; rendere la disciplina delle intercettazioni coerente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della libertà di stampa e del diritto di informazione dei cittadini; rendere più agevoli le intercettazioni nei procedimenti per gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione; regolamentare, nel solco dei principi interpretativi fissati dalle Sezioni Unite penali della Cassazione nella sentenza "Scurato" n. 26889/2016, l'uso dei captatori informatici nelle cosiddette "intercettazioni ambientali".

²⁶ La stretta interrelazione tra intercettazione e riservatezza è oggetto di risalente dibattito. Cfr. sul punto CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, fascicolo 3, 2017.

²⁷ GAITO-FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di GAITO, *Dike*, 2016, pp. 363 ss.

A tal fine il legislatore, lungi da una riscrittura delle norme esistenti, ha investito il pubblico Ministero di maggiori doveri di selezione e controllo sui dati. È stato attribuito all'organo requirente un ruolo chiave, in sintonia con quello di "dominus" delle indagini preliminari. In primo luogo, il magistrato avrà il compito di selezionare gli atti posti a sostegno delle richieste di misure cautelari, nonché di assicurare la riservatezza dei dati inutilizzabili, ovvero sensibili ai sensi del codice sulla *privacy*, che siano irrilevanti²⁸. Il Pubblico Ministero deve altresì essere il custode di questi dati riservati, da collocarsi in un apposito archivio riservato, di cui sarà egli stesso responsabile.

Le prescrizioni finalizzate a garantire la riservatezza dei dati inutilizzabili, o sensibili, rientrano, così, nell'ambito di un generale dovere di controllo, che grava sul Pubblico Ministero, volto ad evitare la divulgazione e la pubblicazione di informazioni inutilizzabili, in particolari momenti della fase delle indagini. A tale dovere dovrebbe, presumibilmente, corrispondere una responsabilità disciplinare del magistrato nei casi di violazione e/o di inosservanza delle regole che abbiano comportato la diffusione di notizie e/o comunicazioni inutilizzabili, o relative a dati sensibili.²⁹

La tutela della riservatezza trova ulteriore rafforzamento con l'introduzione di una nuova fattispecie criminosa. Alla lettera b), si delega il Governo ad inserire nel sistema penale un nuovo delitto, punibile con la reclusione non superiore a quattro anni, nei riguardi di chiunque, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, diffonda riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente. Il D.Lgs 216/2017 con l'articolo 1, infatti, esordisce introducendo nel codice penale all'articolo 617-septies il delitto di "Diffusione di riprese e registrazioni di comunicazioni fraudolente", soddisfacendosi in tal modo l'esigenza di sanzionare

²⁸ Le relative conversazioni o comunicazioni, infatti, non devono essere oggetto di trascrizione sommaria, ma devono essere indicati soltanto "...data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta, previa informazione al Pubblico Ministero..." il quale ne dovrà verificare la rilevanza con decreto motivato; in caso positivo, questi ne autorizzerà la trascrizione ai sensi dell'articolo 268 c.p.p.

²⁹ Cfr. PICCIOTTO, *La riforma Orlando – Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, in *Edizioni giuridiche Simone*, Napoli, 2017, p. 61.

le violazioni dei doveri di riservatezza che possono presidiare lo svolgimento di incontri e conversazioni private. In questo senso la norma punisce colui che, partecipando ad incontri o conversazioni riservate con la persona offesa, ne raccolga il contenuto con mezzi insidiosi, per esempio microfoni o telecamere nascoste, per diffonderlo allo scopo di recarle nocumento nella reputazione.³⁰

E' stata data inoltre rilevanza cruciale alla cd. "udienza filtro". Da una prima lettura del contenuto della delega, si evidenzia la tendenza a valorizzare il ruolo dell'udienza di stralcio, istituto già esistente nel nostro sistema seppure poco applicato nella pratica.

Un altro aspetto certamente di fondamentale importanza è contenuto alla lettera c) del comma 84. Il legislatore delegante introduce il principio per cui la futura legislazione delegata in materia di intercettazioni deve tener conto delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della CEDU a tutela della stampa e del diritto dei cittadini all'informazione.

Sembra di comprendere che il legislatore italiano abbia voluto accogliere l'invito del giudice convenzionale ad individuare un corretto equilibrio tra interessi meritevoli di tutela; da un lato, la riservatezza e dall'altro, le libertà di stampa e di informazione del cittadino. Appare meritevole e di tutta evidenza l'intento del legislatore di mostrarsi sempre più attento e partecipe alle nuove dinamiche europee. Tuttavia questo compito - bilanciare e coniugare insieme i predetti interessi, realizzando un compendio di regole davvero equilibrato e condiviso - alla luce di quanto detto precedentemente, è risultato essere alquanto arduo per il legislatore delegato.

Si e' ottemperato alla delega con il Decreto Legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, le cui disposizioni sono state applicate a distanza di 180 giorni dalla sua entrata in

³⁰ Il reato è costruito intorno al dolo specifico di recare danno alla reputazione altrui (la delega infatti individua tale elemento tipico con l'espressione "al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui") ed alla condotta di diffusione di immagini, suoni o conversazioni, registrate o riprese. Analogamente a quanto previsto dall'art. 615-bis c.p., viene in rilievo l'"uso di qualsiasi strumento di ripresa visiva o sonora"; anche la diffusione di meri comportamenti così come di espressioni verbali, riprese o registrate fraudolentemente, riconducibili alla persona, possono dare luogo alla punibilità, anche quando le immagini non siano state procurate nei luoghi di privata dimora menzionati dal citato art. 615 bis c.p.

vigore. Per un periodo non breve, precisamente fino al 27 luglio 2018, le intercettazioni hanno continuato ad essere regolate dalla disciplina previgente, ma comunque, sullo sfondo, incombevano le modifiche di non poco conto, volute dal legislatore ordinario ed attuate dal legislatore delegato.

Tuttavia, l'attuale Ministero della Giustizia - se da un lato ribadisce l'impegno a predisporre un piano di rafforzamento infrastrutturale, con l'acquisto e l'installazione di apparati *server* in tecnologia iperconvergente, presso le sale adibite delle procure della Repubblica, con lo sviluppo di un *software* per la fruizione sicura delle conversazioni e la progettazione di un sistema per garantire la messa in sicurezza e il controllo delle attività operate dai fornitori esterni, in vista della creazione di una rete protetta per le operazioni di intercettazione - dall'altro, con la Legge di bilancio 2019, (legge n. 145/2018 in GU n. 302 del 31-12-2018 Supplemento ordinario n. 62) ha rimandato, ancora una volta, l'entrata in vigore della riforma "Orlando" sulle intercettazioni, compresa la norma sulla disciplina restrittiva dell'utilizzo dei *trojan* a fini di indagine (cfr *infra*). L'articolo 11 comma 1139, lettera a), infatti, modifica l'art. 9, comma 1, del Decreto legislativo n. 216 del 2017, di riforma della disciplina delle intercettazioni, che ha previsto che le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 4, 5 e 7 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi del giudice emessi dopo il 31 marzo 2019³¹. Tale termine è prorogato al 1° agosto 2019.

Si tratta della seconda proroga disposta dall'attuale Consiglio dei Ministri che, peraltro, aveva annunciato, in autunno, una revisione complessiva della riforma, sollecitato anche dall'Associazione Nazionale Magistrati.

Dunque, al momento, non solo viene rimandata la disciplina che mirava a limitare la diffusione dei contenuti delle intercettazioni, non rilevanti ai fini di indagine con il meccanismo dello stralcio e dell'archivio riservato; ma viene prorogata

³¹ Comunicato stampa C.d.M. n.11 del 24.7.2018 <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n.11>: "Al fine di completare le complesse misure organizzative in atto per l'attuazione delle nuove norme in materia di intercettazioni, introdotte dal decreto legislativo 29 dicembre 2017, n.216, anche relativamente all'individuazione e all'adeguamento dei locali idonei per le cosiddette "sale di ascolto", alla predisposizione di apparati elettronici e digitali e all'adeguamento delle attività e delle misure organizzative degli uffici, il termine di applicazione di dette disposizioni viene prorogato al 31 marzo 2019."

l'introduzione dei paletti all'utilizzo dei captatori informatici. La riforma, infatti, prevede che tali intercettazioni siano consentite nei luoghi di privata dimora, solo quando vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo un'attività criminosa (tranne che in caso di dei gravi delitti previsti dagli articoli 51, comma 3-bis e comma 3-quater del codice di procedura penale e attualmente per i delitti contro la PA; cfr. *infra*). Dispone, inoltre, che pm e giudice debbano motivare l'esigenza di impiego di questa modalità e indicare in quali luoghi e tempi sarà possibile attivare il microfono.

2.2. Il captatore informatico: natura, rischi, opportunità

Elemento di accesa discussione e dibattito, è rappresentato, senza dubbio, dall'introduzione della disciplina dei captatori informatici nelle intercettazioni ambientali. Benché il delegante abbia riservato grande attenzione alla *privacy*, ha al tempo, incoerentemente con il sistema delineato, secondo alcuni, ritenuto di recepire l'insegnamento della nota sentenza Scurato della Suprema Corte di Cassazione³² - che, a differenza del passato³³, aveva ammesso l'utilizzo dei *trojan* nel nostro sistema limitandolo, tuttavia, ai soli reati di criminalità organizzata³⁴ - codificando tali mezzi di captazione e collocandoli nelle intercettazioni ambientali. Noti come *Trojan horse* per la loro stessa natura, si tratta di virus autoinstallanti inviati surrettiziamente, in grado di trasformare i comuni apparecchi elettronici della persona intercettata, in microfoni e/o telecamere in grado di inviare al captante comunicazioni ed immagini, senza far rilevare all'utente la propria

³² Cass. pen., S.U. 28 aprile 2016, n. 26889, Pres. CANZIO, cit.

³³ Con la sentenza Musumeci (Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2015, n.27100, Pres. MILO in Ced Cass., 2016, rv. 265655) la Suprema Corte, in un processo di mafia, aveva escluso l'utilizzabilità delle intercettazioni captate tramite *trojan* in considerazione del fatto che il decreto del giudice per le indagini preliminari non aveva, derogando all'art.266 c.p.p., individuato esattamente il luogo della registrazione di conversazione tra presenti, garantendo un eccesso di sorveglianza capace di seguire il soggetto ovunque, con un'evidente violazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni. Cfr CAMON, *Cavalli di troia in Cassazione*, in *Arc. nuova proc. pen.*, n.1/2017, p. 93.

³⁴ Sulla definizione di criminalità organizzata e sulla sua accezione cfr. AMATO, *Reati di criminalità organizzata*, in *Guida al diritto*, n.34-35/2016, pp.76 ss. La sentenza Scurato sembra comprendere, in pratica, tutte le ipotesi nelle quali vi è un apparato organizzativo, la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto al singolo.

presenza, comunicando in rete in modalità nascosta e protetta e riuscendo, in alcuni casi, a non lasciare neppure tracce del suo passaggio.³⁵ A queste surrettizi poteri di ispezione ed intercettazione, si aggiungono quelli di perquisizione e sequestro, atteso il potere dei *malware* di carpire tutto ciò che viene digitato o visualizzato sullo schermo, acquisendo *files* e dati informatici. Infine, i captatori informatici sono in grado di fornire finanche un servizio di geolocalizzazione, con un pedinamento elettronico di chiunque lo detenga.

Il sistema appena descritto, come è agevolmente comprensibile, risulta essere uno strumento particolarmente utile per la determinazione dello svolgimento delle indagini preliminari, per le quali si aprono notevoli prospettive. L'impatto che questi mezzi di ricerca della prova hanno avuto sulle indagini preliminari e sui procedimenti penali è davvero dirompente, quanto problematico sotto gli aspetti delle garanzie e dei diritti dei soggetti controllati. Il mezzo tecnologico in esame, pertanto, rispetto alle funzionalità precedentemente esposte, impone un difficile bilanciamento tra le esigenze investigative, che suggeriscono di fare ricorso a questo strumento dalle potenzialità forse ancora non pienamente esplorate, e le garanzie dei diritti individuali, le quali potrebbero subire gravi lesioni.

Per tutte queste caratteristiche il captatore informatico, come già colto pienamente dalla citata sentenza Musumeci, non può definirsi una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova, in grado di ottenere i risultati tipici di ispezioni, perquisizioni, sequestri ed intercettazioni; si tratta di una nuova e diversa tecnica di captazione dalla inedita invasività, caratterizzata dal fatto che consente di captare informazioni tra presenti, immagini e documenti, senza limitazioni di luogo. Ed è proprio questo suo carattere "itinerante" a sottrarre il mezzo di captazione al controllo del giudice e, conseguentemente, alla riserva di giurisdizione sancita dagli articoli 14 e 15 della Costituzione, nonché dall'art.8 CEDU. Non è, infatti, ipotizzabile autorizzare gli ignoti domicili in cui il *trojan* opererà.

In realtà, a ben guardare, a non essere individuato col captatore itinerante sarà non solo il luogo in cui si trova, ma anche il soggetto che lo detiene, le persone con cui

³⁵ FILIPPI, *La delega in materia di uso del captatore informatico*, in *La riforma Orlando*, op.cit.

comunica o l'argomento oggetto di conversazione. Autorevole dottrina lo ha definito, non a caso, come un'intercettazione *ubicumque*, cioè "ovunque" si trovi "qualsiasi" detentore del dispositivo intercettato, con "chiunque" conversi o comunichi (anche se immune, come il difensore o il presidente della Repubblica, solo per citare degli esempi) oppure si intrattenga e di "qualunque" argomento parli (anche se coperto da segreto)³⁶.

Riuscire a rinvenire un punto di compatibilità di tale bulimico congegno con gli art.14 e 15 C³⁷, con le Carte sovranazionali³⁸, ma anche con tutti i divieti probatori posti in generale dal nostro legislatore - che in tema di ispezioni, perquisizioni e sequestri ed intercettazioni è volto a conseguire limitazioni mirate a determinati soggetti, luoghi o beni³⁹-, risulta tutt'altro che agevole. Tale difficoltà rischia di collocarlo non tra le prove atipiche, ma tra quelle incostituzionali ed inconvenzionali, in quanto darebbe luogo ad un'inammissibile autorizzazione ad un' "ispe-perqu-intercettazione" in bianco, trattandosi di captazioni imprevedibili.

40

La stessa Corte di Cassazione, del resto, pur legittimando l'utilizzo di tale congegno informatico investigativo, era consapevole del suo altissimo livello di imprevedibilità ed invasività, limitandolo solo ai delitti quali quelli indicati negli artt.51, comma 3bis e 3quarter (reati associativi e con finalità di terrorismo);

³⁶ *Ibidem*

³⁷ L'art.15 C, infatti, proclamando l'invioabilità delle comunicazioni, impone la doppia garanzia della riserva di legge e di giurisdizione. Sarà il giudice, infatti, con decreto di autorizzazione a stabilire tempi, soggetti, modalità e luoghi, circoscrivendo la possibilità di captare, così come in quelle ambientali stabilisce preventivamente il domicilio o privata dimora in cui avverrà l'intercettazione. Il PM, a sua volta, con decreto indicherà modalità e durata. Si tratta di un sistema volto a circoscrivere l'ambito di captazione in maniera precisa e nel rispetto della riservatezza e della dignità della persona, sanciti dal più generale articolo 2 C.

³⁸ Si aggiunga che la giurisprudenza della Corte europea, a sostegno dell'art.8 CEDU, ha sancito che l'ingerenza statale, oltre ad essere necessaria e proporzionata rispetto ai fini, deve essere disciplinata da una legge interna chiara, nel contenuto, e dettagliata nella forma, così per i presupposti che per le modalità di controllo, tale da rendere prevedibile per i cittadini le modalità e i casi di intrusione statale. Tale determinatezza è assolutamente assente nel *trojan*.

³⁹ Ad esempio in tema di diritto di difesa ex art.103 c.p.p., di segreto professionale, d'ufficio, di stato o di polizia ex artt.200-203 c.p.p.; oppure in materia di ispezioni e perquisizioni corporali ex 245, comma 2 c.p.p. e 249, comma 2 c.p.p., perquisizioni domiciliari ex art 251 comma 1 c.p.p., sequestri ex art 254 e ss., intercettazioni ex art.271 c.p.p.

⁴⁰ MELE, *Trojan horse e limiti dell'intercettazione ambientale*, in *Diritto.it*, 16 maggio 2018.

nonostante il “doppio binario” (aspetto già evidente nel nostro sistema, soprattutto in materia di intercettazioni), i giudici della Suprema Corte hanno trascurato che lo stesso non può essere inquadrato nella disciplina delle intercettazioni per i risultati conseguibili, che appartengono anche agli altri mezzi di ricerca della prova, non rispettandone, peraltro, alcuno dei requisiti e delle garanzie difensive previste dagli altri mezzi di ricerca. Basti pensare alla perquisizione *on line* che il *trojan* è in grado di effettuare e che, nel nostro sistema, richiede necessariamente un contatto con l'autorità (quantomeno garantendo la consegna del decreto di autorizzazione); aspetto minimamente considerato.⁴¹

Il legislatore, anziché correggere il tiro, prescrivendo la norma al giudice, ha ritenuto di recepire le circolari diramate dalle diverse Procure e gli indirizzi della sentenza Scurato,⁴² abbandonando l'impostazione del “doppio binario” per i reati di criminalità organizzata (a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, come in Germania) ed estendendone l'ambito di applicazione, senza limitazioni, a tutti i reati ex art.266 c.p.p.; invadendo, ai sensi del secondo comma, anche i domicili privati ex 614 c.p., se vi è fondato motivo che ivi si sta svolgendo l'attività criminosa, o comunque sempre per i reati previsti dall'art.51 commi 3bis e quater c.p.p. , con indicazione da parte del giudice di limiti di tempo e di luogo per l'attivazione del microfono da remoto.

Così, il nostro legislatore, paradossalmente, mentre era in atto l'introduzione nel nostro ordinamento del *General Data Protection Regulation* in tema di *privacy*, “sdoganava il virus di Stato”⁴³ con una disciplina sostanzialmente “minimalista”, appena un capitolo, nonostante gli sforzi profusi successivamente dal decreto legislativo attuativo, il n.216 del 2017.

La maggior parte delle funzioni del captatore, infatti, non è stata normata e si è considerato il suo uso esclusivamente come “cimice”, ovvero nel caso di

⁴¹ PIO, *Intercettazioni a mezzo captatore informatico: applicazioni pratiche e spunti di riflessione alla luce della recente decisione delle Sezioni Unite*, in *Parola alla difesa*, n.1/2016, p.164.

⁴² In questo senso FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, pp. 294 ss.

⁴³ CURTOTTI, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in BACCARI-BONZANO-LA REGINA-MANCUSO, *La recente riforma in materia penale*, Cedam, Padova, 2017, pp.30 ss.

attivazione del microfono. La Relazione di accompagnamento al decreto, infatti, dopo aver dato atto che i *trojan*, in quanto *malware*⁴⁴, consentono di effettuare diverse operazioni tra cui l'attivazione del microfono e della telecamera all'acquisizione del traffico dati nonché del contenuto del *device* infettato, la geolocalizzazione, l'acquisizione di quanto digitato in tastiera e così via, riferisce che "si tratta di un complesso di operazioni (...) che la tecnologia consente di effettuare, ma che il delegante non ha inteso regolare, limitando l'ambito di intervento normativo alla disciplina degli aspetti attinenti all'intercettazione audio, eseguita mediante inoculazione di dispositivo portatile e non anche di dispositivi fissi".⁴⁵

E' evidente che primo interrogativo per gli operatori, di fronte a tale impostazione, non potrà non essere la liceità o meno dell'utilizzo dei *trojans* per funzioni tecniche non espressamente normate dal legislatore e, in caso di risposta affermativa, quale potrà essere il loro inquadramento, atteso che le prova atipiche ex art 189 c.p.p. riguarda i mezzi di prova e non di ricerca della stessa.⁴⁶

L'abbandono del "doppio binario", inoltre, – che ha reso ammissibile il *trojan* per qualsiasi reato, nonostante la mancata indicazione di luogo e tempo delle intercettazioni - è stata legittimata sulla scorta della mera possibilità di attivazione e disattivazione da remoto. Tale funzione dovrebbe poter garantire un controllo da parte dell'Autorità giudiziaria, cui spetterà il delicato compito (per non dire impossibile), di fornire autorizzazioni in bianco e di garantire, con largo anticipo, l'individuazione dei luoghi di attivazione della "cimice", con predeterminata precisazione preventiva del suo spegnimento in celle non autorizzate.⁴⁷ In altri termini il decreto autorizzativo deve indicare i luoghi ed il tempo, anche

⁴⁴ Secondo alcuna dottrina tale disposizione comporterebbe, al contrario, un notevole restringimento dell'ambito operativo, limitando i reati di criminalità organizzata a quelli indicati dalla norma, e non a tutti quelli comuni, come previsto precedentemente dalle citate sezioni unite, senza specificare i tempi e i luoghi. Cfr. sul punto: PRETTI, op.cit., p.218 .

⁴⁵ Relazione ministeriale di accompagnamento al Decreto.

⁴⁶ SENOR, *Come funzionano i trojan di stato? Analisi delle nuove norme e indicazioni operative*, in *Altalex*, 22.01.2018.

⁴⁷ TESTAGUZZA, *Exitus acta probanda. Trojan di stato: la composizione di un conflitto*, in *Arch. pen.*, n.2/2016.

indirettamente indeterminati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono. Tale indicazione di limiti spazio-temporali da parte della magistratura, tuttavia, presenta non pochi inconvenienti, a cui la giurisprudenza dovrà porre rimedio con interventi non eccessivamente rigorosi. Solo a titolo di esempio, si pensi al fatto che l'attivazione del microfono non potrà avvenire se l'operatore di polizia giudiziaria non riceve dal *trojan* stesso informazioni su dove si trovi il dispositivo infettato attraverso la captazione di altri dati che ne consentano la geolocalizzazione. Già solo tale risvolto pratico dimostra l'impraticabilità nei fatti del rispetto di quei limiti posti dal delegato, nel suo tentativo di trovare una compatibilità tra la sua applicazione ed il sistema interno e sovranazionale, con un rischio di attivazione indiscriminata e ininterrotta degli ascolti.

Del resto, lo stesso legislatore sembra essere conscio di tali difficoltà, ponendo il concetto di "determinazione indiretta"⁴⁸. Tale precisazione vale non solo per i luoghi ma per i tempi, con il chiaro risvolto che il pubblico ministero continuerà a stabilire l'arco temporale massimo delle intercettazioni (che, così come in passato, non potrà essere superiore a quindici giorni, prorogabile con decreto del giudice). All'interno di quell'arco temporale il giudice dovrà autorizzare i tempi per i quali è consentita l'attivazione, in ragione di specifiche occasioni preventivamente determinate. Sul punto ci si interroga circa una reale disciplina sanzionatoria, in caso di mancato spegnimento in spazi non intercettabili, come richiesto dalla legge. Ci si chiede se, ad esempio, in caso di assenza di *file di log*, che individuino con esattezza la localizzazione del *trojan*, la difesa potrà contestare la bontà delle operazioni utilizzando la carta della inutilizzabilità delle prove illegittimamente raccolte.

Il tema dell'utilizzo dei risultati del *trojan* in altri procedimenti, ex art 270 bis c.p.p., presenta altre zone di opacità, circa i limiti di utilizzazione e la connessione con i meri spunti investigativi.

La norma, all'evidente scopo di contenere la giurisprudenza formatasi sulla formulazione dell'art.270, comma 1, c.p.p., ha stabilito che i risultati delle

⁴⁸ Sul punto la relazione illustrativa indica che è legittimo fare ricorso a formule del tipo "ovunque incontri il soggetto X" oppure "ogni volta che si trovi nel locale y" e così via.

intercettazioni a mezzo *trojan* non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato. Tuttavia, il riferimento a reati diversi rispetto a quelli per i quali è stata emessa l'autorizzazione, non sembra poter minare la giurisprudenza formatasi sul punto. Innanzi ad una derubricazione del titolo di reato rispetto a quello autorizzato per l'intercettazione, non viene pregiudicata l'utilizzabilità dei risultati delle operazioni legittimamente disposte in relazione ad un titolo di reato per il quale erano consentite, posto che, in tal caso, non sussiste il requisito di diversità, che va necessariamente inteso in termini di alterità. Né a diverse conclusioni pare potersi pervenire nel caso in cui la comunicazione intercettata costituisca corpo del reato.⁴⁹ Occorre precisare che il captatore sarà installato solo su dispositivi elettronici portatili, e non fissi; si ritiene che il legislatore, probabilmente, più che per una mera dimenticanza, abbia potuto effettuare tale scelta sulla scorta del fatto che gli apparecchi fissi sarebbero assimilabili *in toto* alle tradizionali modalità di intercettazioni, senza sostanziali cambiamenti, a differenza di quanto avviene con quelli mobili.

Altra perplessità, più di natura tecnica che giuridica, è contenuta nella generica disposizione dell'art.268, comma III bis c.p.p., la quale prevede la possibilità per le Procure di avvalersi di impianti appartenenti a privati, con personale idoneo, nonostante i noti casi di gestione illecita di conversazione delle principali aziende di sorveglianza italiana e la possibilità per i produttori di *software* di monitorare le attività degli utenti, ovvero di "spiare chi spia"⁵⁰. Anche in tal caso il legislatore ha sottovalutato tutti i potenziali rischi legati a tali strumenti di captazione e all'enorme potere riconosciuto alle Procure con l'ariete dei "cavalli di troia", concentrandosi esclusivamente sulle questioni tradizionali.⁵¹

⁴⁹ In proposito, si veda in particolare Cass., S.U., n.32697, 26 giugno 2014, Pres. SANTACROCE. Sul tema: LORENZETTO, *L'intercettazione di reato e la breccia nel recinto dell'utilizzabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

⁵⁰ ATERNO, *Digital forensics*, in *Digesto Penale*, Torino, 2015, p. 217.

⁵¹ TORRE, *Il virus di stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015.

Come auspicato da autorevole dottrina, il delegato avrebbe invece dovuto porre precisi limiti, come l'applicazione ai soli reati più gravi di quelli indicati nell'art. 266 c.p.p., e rigorosi presupposti per il decreto autorizzativo, precisando quale attività investigativa autorizzare, indicando sia il domicilio intercettato che gli altri eventuali che potranno essere controllati dal captatore, rafforzando gli obblighi di motivazione per giustificare la particolare invasività dello strumento prescelto.⁵² Su quest'ultimo aspetto l'art.267 c.p.p. ha imposto al magistrato uno sforzo motivazionale ulteriore e nuovo, imponendo di indicare, oltre ai gravi indizi di reato, l'indispensabilità del ricorso al mezzo intercettivo, le specifiche necessità operative che rendono indispensabile il ricorso a tale strumento. Tuttavia il legislatore, si badi bene, non richiede come presupposto che sia l'unico strumento operativo praticabile, rilevandosi infruttuose le altre forme di intercettazione ambientale. E' sufficiente la prova che queste forme più tradizionali presentino un maggiore rischio di insuccesso o anche di insidiosità: condizioni di tale natura rientrano appieno tra i casi in cui il ricorso all'agenti intrusori si professa necessario per la buona riuscita dell'operazione tecnica⁵³

Senza tali puntuali disposizioni di garanzia, l'autorizzazione resta di fatto "aperta" a tutti i possibili sviluppi investigativi.

Nelle prime riflessioni, che precedono la sua efficacia applicativa, la riforma sembrerebbe non essere stata gradita a giudici e avvocati in quanto "non raggiunge l'obiettivo di tutelare la privacy" ed "è dannosa sia per il lavoro dei pm che per il diritto di difesa", i quali hanno chiesto di "sospendere la riforma e ripensarne l'intero assetto"⁵⁴; sarà necessario il contributo che la giurisprudenza e la dottrina dovranno fornire già a partire dall'immediato futuro, sempre se il Governo, come annunciato, non procederà ad una revisione complessiva della riforma. (cfr. par.3)

Infine, è opportuno sottolineare come, con la legge n.3 del 2019, anche detta "spazza-corrotti", approvata dal Parlamento il 18 dicembre scorso, il Governo

⁵² FILIPPI, op. cit.,p.159.

⁵³ PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina delle intercettazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018.

⁵⁴ Così il presidente dell'ANM, Francesco MINISCI.

ha ritenuto di dover allargare ulteriormente le intercettazioni mediante il ricorso ai trojan i quali sono sempre ammessi nei procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Inoltre cade il paletto del loro utilizzo domiciliare, che sarà possibile anche quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

dirittifondamentali.it