

Brevi osservazioni sull'utilizzo delle intercettazioni nell'ambito del processo penale, con particolare riferimento all'utilizzo del captatore informatico.

di Giulio LA BARBIERA *

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** I Limiti all'utilizzabilità ed esecutività delle intercettazioni. **3.** Profili processuali sulle intercettazioni telefoniche ed ambientali. **4.** Il captatore informatico.

1. Introduzione

L'utilizzo delle intercettazioni, in ambito processualpenalistico va bilanciato con la necessità di tutelare la sfera della vita privata dell'indagato, dovendo incidere su di essa solo nei limiti funzionali all'espletamento delle indagini, in modo tale da evitare la violazione sia della libertà domiciliare (art. 14 Cost.) e personale che della normativa prevista agli articoli 266 a 271 del codice di procedura penale (modificati a seguito dell'emanazione del Decreto legislativo, 29/12/2017 n. 216, G.U. 11/01/2018, meglio noto come "Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2018)¹.

2. I Limiti all'utilizzabilità ed esecutività delle intercettazioni.

Muovendo dai presupposti sopra indicati e fermo restando quanto previsto all'articolo 68, secondo e terzo comma, Cost. (collegato all'articolo 343, secondo e terzo comma, c.p.p.), va osservato che:

In attuazione dell'art. 15 Cost., l'art. 266 ha, tra l'altro, stabilito (altri presupposti sono poi contenuti nell'art. 267) i casi nei quali possono avvenire le

* Abogado iscritto presso Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz De La Palma (Spagna) ed Avvocato Stabilito iscritto nell'Albo degli Avvocati Stabiliti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere.

¹PENALE - PROCEDURA PENALE - LEGGI E NORMATIVA Intercettazioni: il testo della riforma pubblicato in Gazzetta, Decreto legislativo, 29/12/2017 n° 216, G.U. 11/01/2018", di Redazione Altalex Pubblicato il 26/01/2018 (Altalex, 26 Gennaio 2018) (<http://www.altalex.com/documents/leggi/2018/01/05/intercettazioni>).

intercettazioni, telefoniche, ambientali e dei flussi informatici e telematici, selezionando alcune classi di reati individuate secondo un duplice criterio. Scendendo nel dettaglio: *«Nelle lettere a) e b) il criterio utilizzato è quello della gravità del reato (delitti non colposi punibili con più di cinque anni di reclusione o con almeno cinque se contro la pubblica amministrazione); nelle lettere c, d, e, f, f bis ed f ter – si veda da ultimo la modifica introdotta dall’art. 14, 3° co., L. 14/01/2013, n. 9 – sono invece specificamente indicate singole figure criminose, comprendenti i delitti concernenti le sostanze stupefacenti e psicotrope, le armi e gli esplosivi, quelli di contrabbando, i reati di ingiuria (ora depenalizzata) e minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, molestia e disturbo alle persone mediante telefono, delitti previsti dall’art. 600 ter, 3° co., c.p. (distribuzione e divulgazione per via telematica di materiale pornografico in cui sia ritratta l’immagine di minori) nonché, da ultimo i reati in materia di commercio di alimenti nocivi e frode in commercio ed i reati di atti persecutori ex art. 612 bis c.p.»*.

Ne deriva che: *«La selezione tassativa di casi nei quali possono avvenire le intercettazioni è certamente opportuna ... atteso il grave sacrificio ai diritti costituzionalmente protetti non solo della persona coinvolta nelle indagini, si ritiene connaturale alla materia de qua l’operatività del principio di proporzionalità»².*

3. Profili processuali sulle intercettazioni telefoniche ed ambientali.

Va brevemente chiarito che le intercettazioni non debbano essere confuse con il contenuto di quanto registrato, e non siano pertanto inquadrabili come prove. In particolare, le intercettazioni rientrano assieme ad altre attività (ispezioni, perquisizioni, sequestri) fra i mezzi di ricerca della prova, cioè quei fondamentali strumenti di indagine che servono per acquisire le prove al processo, disposte dal giudice o dal pubblico ministero.

²Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, anche tra presenti, ex artt. 266-271 c.p.p. (Par. "Presupposti applicativi" e "Le modalità esecutive delle operazioni di intercettazione" e "Inutilizzabilità delle intercettazioni") aprile 11, 2016" da Avv. Valeria Citraro - De Iure Criminalibus Diritto Penale & Procedura (<https://deiorecriminalibus.altervista.org/intercettazioni/>)

L'autorizzazione a procedere con l'intercettazione è concessa con decreto motivato soltanto se ci sono gravi indizi di reato in relazione alla persona intercettata, e se l'intercettazione stessa è assolutamente indispensabile per la prosecuzione delle indagini.

Data la loro natura potenzialmente molto invasiva, e destinata ad acquisire informazioni all'insaputa di coloro dai quali tali informazioni devono essere captate, è chiaro come siano basate sul fattore sorpresa, e di conseguenza non è consentito il preventivo avviso al difensore dell'indagato quando vengono compiute durante le indagini preliminari³.

Stante tutto quanto fin qui premesso, va evidenziato che la normativa codicistica in tema di intercettazioni, telefoniche ed ambientali, prevede limiti e vincoli che costituiscono espressione del principio della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione di cui all'art. 15 della Carta Costituzionale a norma del quale tale libertà fondamentale può essere limitata solo: «per atto motivato dell'Autorità Giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

Ne deriva che in tema di intercettazioni, l'art. 15 prevede dunque una riserva di giurisdizione ed una riserva di legge, di talché, in via ordinaria le intercettazioni sono richieste dal PM e disposte/autorizzate dal GIP. Spetta poi al PM adottare ogni conseguente decreto per eseguire in concreto le intercettazioni telefoniche e/o ambientali autorizzate dal GIP.

Le condizioni stabilite dall'art. 267 c.p.p. perché siano disposte/autorizzate le intercettazioni è che vi siano gravi indizi di reato, a prescindere dalla responsabilità soggettiva e che le medesime risultino assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini.

Inoltre le intercettazioni possono essere disposte/autorizzate solo laddove il reato, con riferimento al quale sussistono i gravi indizi di reità, sia compreso tra quelli indicati all'art. 266 c.p.p. e, cioè:

- a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4 c.p.p.;
- b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della

³DIRITTO E FISCO ARTICOLI, Intercettazioni: sono prove? 14 Agosto 2018". Autore: Chiara Pezza (Avvocato). Par. 3) Intercettazioni: mezzi di ricerca delle prove. LA LEGGE PER TUTTI INFORMAZIONE E CONSULENZA LEGALE (https://www.laleggepertutti.it/216936_intercettazioni-sono-prove#Intercettazioni_tipologie_e_differenza_con_le_registrazioni).

reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4 c.p.p.;

c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;

d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;

e) delitti di contrabbando;

f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, (2) molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono;

f-*bis*) delitti previsti dall'articolo 600-*ter*, terzo comma, del codice penale, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1 del medesimo codice».

Le intercettazioni ambientali in abitazione o in altri luoghi di privata dimora possono essere disposti solo se si abbia il fondato sospetto che vi sia in corso di svolgimento l'attività criminosa.

Detto in altri termini: in base alla legge n 203 del 12 luglio 1991, per tali ipotesi di reato, le intercettazioni possono essere disposte/autorizzate purché vi siano sufficienti indizi e le intercettazioni siano necessarie per la prosecuzione delle indagini.

Le intercettazioni ambientali, presso l'abitazione o altro luogo di privata dimora, poi, non presuppongono che sia in corso l'attività criminosa. Laddove vi sia l'urgenza di disporre l'intercettazione per non pregiudicare l'acquisizione della prova del reato che forma oggetto di indagine, essa può essere disposta dal Pm il quale è tenuto a trasmettere al GIP il relativo decreto per la convalida entro le 24hh ore successive.

Il GIP dovrà convalidare il decreto nelle successive 48hh in quanto, in difetto, gli elementi acquisiti con le intercettazioni medio tempore effettuate non potranno essere utilizzati.

L'art. 267 c.p.p. disciplina il procedimento ordinario tramite il quale vengono disposte le intercettazioni.

In particolare, il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione alla effettuazione delle stesse, trasmettendo contestualmente alla richiesta tutti gli atti necessari per rilevare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge. Il gip le autorizza con decreto motivato. Ottenuta l'autorizzazione del gip, il pubblico ministero provvede ad emanare un successivo decreto con cui vengono regolate le modalità e la durata delle operazioni che possono essere svolte unicamente per mezzo degli impianti installati all'interno della Procura della Repubblica.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui i suddetti impianti risultino insufficienti o inadeguati o esistano eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero avrà la possibilità di ricorrere adottando un provvedimento motivato all'utilizzo di impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

Elemento essenziale del decreto del pubblico ministero è senza dubbio l'indicazione della durata delle intercettazioni che non può superare i quindici giorni. Nell'ipotesi in cui permangano i presupposti dei gravi indizi di colpevolezza e la assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, i termini possono essere prorogati dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di quindici giorni.

Nell'ipotesi in cui l'intercettazione debba essere effettuata per lo svolgimento di indagini su delitti di criminalità organizzata, la durata delle operazioni non può superare i quaranta giorni, e può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di quaranta venti giorni nell'ipotesi in cui permangano i presupposti.

Il nostro legislatore ha, inoltre, previsto un procedimento di urgenza, per il quale, in presenza comunque dei presupposti necessari per procedere alle intercettazioni, il pubblico ministero le dispone con decreto motivato che viene comunicato al giudice non oltre 24 ore decorrenti dal proprio provvedimento. Quest'ultimo dovrà entro quarantotto ore decidere sulla convalida con decreto motivato. Nell'ipotesi in cui la convalida non intervenga, l'intercettazione non potrà essere proseguita e quanto già raccolto non potrà essere utilizzato⁴.

4. Il captatore informatico.

In conclusione, risulta ora opportuno focalizzare l'attenzione sull'utilizzo del captatore informatico.

Va rilevato, al riguardo, che, come brillantemente evidenziato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, con il captatore informatico è possibile svolgere un'eterogenea congerie di attività tipiche e atipiche di indagine pesantemente intrusive delle libertà del soggetto destinatario, eziologicamente volte a sorvegliare ogni atto quotidiano della vita.

⁴PREVIDENZA PROFESSIONISTI, Il portale della previdenza dei professionisti, Home, Ricerca Giuridica, intercettazioni telefoniche ed ambientali", Argomenti correlati, "intercettazioni e registrazione di conversazioni, incerto confine"; <http://www.previdenza-professionisti.it/intercettazioni-telefoniche-ed-ambientali>.

L'utilizzo del captatore consente infatti di: 1) attivare il microfono, intercettando le comunicazioni che avvengono tra i presenti nella portata del raggio del dispositivo *target*; 2) azionare la *webcam*, ottenendo così la possibilità realizzare *videoclip* e scattare fotografie, o solamente vedere attraverso l'occhio della telecamera; 3) captare il traffico dati, sia in arrivo sia in partenza dal dispositivo, sia esso relativo alla navigazione sia esso concernente la posta elettronica (*web mail* e *outlook*); 4) prendere visione di ciò che appare sullo schermo (*screenshot*) o digitato sulla tastiera (*keylogger*); 5) perquisire l'*hard disk* ed estrarne copia.

La problematicità dell'utilizzo del captatore informatico è stata ampiamente messa in luce nella sentenza "Scurato" (Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889 (dep. 1 luglio 2016) in *CED Cass.* n. 266905-266906 (in termini, v: Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, n. 27404, Marino; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, n. 26054, Di Cara; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, n. 26055, Bronte; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, n. 26058, Lo Iacono)⁵ che di seguito viene riportata nella "massima" e nell'analisi critica della medesima.

Secondo I Giudici della Suprema Corte di Cassazione:

1. Limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (quali *personal computer*, *tablet*, *smartphone*, ecc.), anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati ed anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa.

2. Per i reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell'art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato⁶.

⁵ "LA PRIMA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DELLA SENTENZA "SCURATO" NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ". Nota a Cass., sez. VI, sent. 13 giugno 2017 (dep. 25 luglio 2017), n. 36874, Pres. Paoloni, Rel. De Amicis, Imp. Romeo. Contributo pubblicato nel Fascicolo 9/2017 (Nota 2 a margine) – 27 settembre 2017 | Luigi Giordano (Magistrato) – Diritto Penale Contemporaneo (https://www.penalecontemporaneo.it/d/5630-la-prima-applicazione-dei-principi-della-sentenza-scurato-nella-giurisprudenza-di-legittimita#_ftn2).

⁶ INVIOABILITÀ DEL DOMICILIO (REATI CONTRO LA – ARTT 614-615 QUINQUIES) GIU. INTERCETTAZIONI AMBIENTALI CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE , SENTENZA 1 luglio

Esemplificando: Nella sentenza in epigrafe le Sezioni Unite sono chiamate a chiarire se, anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili come *personal computer, tablet, smartphone*.

Tale programma informatico, viene installato in un dispositivo, quale un computer, un *tablet* o uno *smartphone*, di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo del suo invio con una mail, un sms o un'applicazione di aggiornamento e i dati raccolti sono trasmessi, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.

L'intercettazione caratterizzata da tali modalità, sostanzialmente di natura ambientale, può avvenire ovunque, quindi anche all'interno di un domicilio e non solo in luoghi pubblici o aperti al pubblico, senza dover affrontare i problemi pratici che implica la collocazione di una microspia, evitando, dunque, agli investigatori anche il rischio di essere scoperti.

Il mezzo tecnologico in esame, pertanto, impone un difficile bilanciamento delle esigenze investigative con la garanzia dei diritti individuali, che possono subire gravi lesioni, considerata la natura "ambientale" della tipologia di intercettazioni in oggetto.

Ne deriva che i riferimenti normativi procedurali di interesse, al fine di risolvere la quaestio iuris, vanno individuati essenzialmente negli artt. 266, 267 e 271 c.p.p., nonché nel D.L. n. 152 del 1991, art. 13 (convertito dalla L. n. 252 del 1991), atteso che nel caso in esame vengono in rilievo reati di criminalità organizzata.

In primis il Collegio evidenzia il dato testuale della norma, posto che l'art. 266 c.p.p., comma 2, si limita ad autorizzare "negli stessi casi" previsti dal comma primo della stessa norma, "l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti": il riferimento all'ambiente è presente solo nella seconda parte della disposizione, in relazione alla tutela del domicilio.

La necessità dell'indicazione di uno specifico luogo - quale condizione di legittimità dell'intercettazione - non risulta inserita né nell'art. 266, comma 2, né nella giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui le garanzie minime che la legge nazionale deve apprestare nella materia delle intercettazioni riguardano la

2016, n.26889. RICOGNIZIONE E MASSIMA (NEL DIRITTO.IT Rivista telematica di Diritto) (<http://neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13067#.W37H9bIMTIU>).

predeterminazione della tipologia delle comunicazioni oggetto di intercettazione, la ricognizione dei reati che giustificano tale mezzo di intrusione nella privacy, l'attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni con la previsione del controllo del giudice, la definizione delle categorie di persone che possono essere interessate, i limiti di durata delle intercettazioni, la procedura da osservare per l'esame, l'utilizzazione e la conservazione dei risultati ottenuti, la individuazione dei casi in cui le registrazioni devono essere distrutte; non è dato rilevare, dunque, alcun riferimento alla indicazione del luogo della captazione.

Anche la giurisprudenza sovranazionale conforta, pertanto, l'interpretazione secondo cui nell'intercettazione tra presenti, compiuta con mezzi definibili "tradizionali", il riferimento al luogo non integra un presupposto dell'autorizzazione, ma rileva solo limitatamente alla motivazione del decreto nella quale il giudice deve indicare le situazioni ambientali oggetto della captazione, e ciò solo ai fini della determinazione delle modalità esecutive del mezzo di ricerca della prova, che avviene mediante la collocazione fisica di microspie.

Un'esigenza di questo tipo è invece del tutto estranea all'intercettazione per mezzo del c.d. virus informatico: la caratteristica tecnica di tale modalità di captazione prescinde dal riferimento al luogo, trattandosi di un'intercettazione ambientale per sua natura "itinerante".

Ciò posto, deve escludersi la possibilità di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo del captatore informatico, al di fuori della disciplina derogatoria di cui alla L. n. 203 del 1991, art. 13 (di conversione del D.L. n. 152 del 1991). Infatti, solo per le indagini relative a delitti di criminalità organizzata è prevista una disciplina speciale.

Ai sensi del D.L. n. 152 del 1991, art. 13 (convertito dalla L. n. 203 del 1991), l'intercettazione domiciliare, in deroga al limite di cui all'art. 266 c.p.p., comma 2, secondo periodo, è consentita "anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa".

Sono permesse, pertanto, intercettazioni domiciliari pur in mancanza della gravità indiziaria dello svolgimento nell'ambiente, in quel momento, di attività criminosa.

Questa disposizione esprime una chiara scelta del legislatore volta a favorire l'operatività del mezzo di ricerca della prova in esame in relazione a fattispecie criminose per le quali risulti particolarmente difficile l'attività di indagine.

In altri termini, il legislatore ha operato evidentemente uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto della eccezionale gravità e pericolosità, per la intera collettività, dei reati oggetto di attività investigativa per l'acquisizione delle prove: bilanciamento che è sfociato, appunto, nella possibilità di effettuare, previa motivata valutazione del giudice, intercettazioni "tra presenti" in luoghi di privata dimora "a prescindere" dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminose in atto e, quindi, senza alcuna necessità di preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi stessi.

Proprio in forza ed all'esito dell'accurato contemperamento di valori ed interessi, operato dal legislatore nell'introdurre il D.L. n. 152 del 1991, art. 13, l'eventualità di intercettazioni domiciliari, in conseguenza della mobilità del dispositivo sede del captatore, non può ritenersi in contrasto con la normativa vigente e nemmeno con i principi costituzionali posti a tutela della segretezza delle comunicazioni, del domicilio e della riservatezza. Le minacce che derivano alla società ed ai singoli dalle articolate organizzazioni criminali, che dispongono di sofisticare tecnologie e di notevoli risorse finanziarie, richiedono una forte risposta dello Stato con tutti i mezzi che la moderna tecnologia offre, per adeguare l'efficacia investigativa all'evoluzione tecnologica dei mezzi adoperati dai criminali.

Pertanto la Suprema Corte, alla luce delle seguenti argomentazioni, enuncia il seguente principio di diritto: «Limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer*, *tablet*, *smartphone*, ecc.) - anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa».