

Law and Media Working Paper Series

no. 10/2016

GIOVANNA CORRIAS LUCENTE*

**La nuova frontiera delle intercettazioni.
I *Trojan Horse* e le libertà fondamentali. L'approdo delle Sezioni Unite**

INDICE: 1. Introduzione. – 2. La valutazione del mezzo. – 3. Il fatto. – 4. Le regioni del rinvio alle Sezioni Unite. – 5. L'interpretazione della disciplina vigente. – 6. L'art. 13, d.l. 152/1995. – 7. I reati di "criminalità organizzata". – 8. La giustificazione costituzionale.

1. *Introduzione.*

Le Sezioni Unite (con la sentenza n. 26889/16, in materia cautelare) hanno risolto un contrasto interpretativo su un argomento incandescente: l'inoculazione di un programma virus autoinstallante - denominato Trojan Horse e noto da tempo

* Avvocato in Roma, Studio Corrias Lucente.

- su dispositivi target (computer, tablet e smartphone) per intercettare o riprendere tutto quanto avviene nel campo di attività dell'apparecchio, anche se spento¹.

Pare evidente quali siano:

- la funzionalità di tale sistema che viene introdotto a distanza, senza che l'osservante abbia necessità di entrare in contatto con lo strumento di intercettazione. Infatti, il virus (da alcuni chiamato malware di Stato) infetta il dispositivo tramite gli ordinari canali (mail, links, siti web);
- l'efficacia, in quanto vengono captate, non soltanto telefonate, ma i dati immessi nell'apparecchio, le conversazioni tenute e le immagini itineranti. Il soggetto "intercettato" è seguito, dunque, in tutti i propri spostamenti purché munito dell'apparecchio infettato.

Altrettanto ovvi appaiono i pericoli derivati: il Trojan capta, in maniera invasiva, dati, suoni ed immagini (duplicando il contenuto dello strumento intercettato, attivando microfono e la webcam).

In sostanza, non esistono barriere fisiche alla sua penetrazione; la potenzialità del mezzo virale è, dunque, non paragonabile agli ordinari sistemi di intercettazione telefonica o "ambientale" attraverso la collocazione di c.d. cimici in uno o più locali.

Ciò crea tensione tangibile con libertà e tutele di rango costituzionale, quali: la riservatezza del domicilio (il Trojan accompagna il portatore in tutte le case e pertinenze che frequenta, oltre che negli spostamenti all'aperto) e la segretezza delle conversazioni da lui tenute nel corso di giornate intere; conseguentemente vengono intercettati anche i terzi che, pur casualmente, siano venuti a contatto con il portatore del virus.

¹ Prime notizie al riguardo: G. CORRIAS LUCENTE, *Informatica e diritto penale: elementi per una comparazione con il diritto statunitense*, 1^a parte, in *Dir. inf.*, 1987, 167 ss., 2^a parte, in *Dir. inf.*, 1987, 519 ss.

2. *La valutazione del mezzo.*

La sentenza, sin dall'esordio, si avvede della rilevanza del tema ed avverte: «Utilizzando il programma informatico [...] è possibile [...] anche cogliere dialoghi tra presenti, ed in tal caso le intercettazioni diventano “ambientali”: il telefono cellulare, il tablet ed anche un notebook, infatti, sono divenuti oggetti che accompagnano ogni nostro movimento e ci seguono in ogni luogo, sicché il loro uso come mezzi di intercettazione permette di sottoporre l'individuo ad un penetrante controllo sulla sua vita: questa sorveglianza si estende, necessariamente, ai soggetti che stanno vicino alla persona intercettata».

«L'intercettazione caratterizzata da tale modalità [...] 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, che suggeriscono di fare ricorso a questo strumento dalle potenzialità forse ancora non pienamente esplorate, con la garanzia dei diritti individuali che possono subire gravi lesioni».

Questo il dilemma centrale individuato dalle Sezioni Unite alla radice del quesito da sciogliere; numerose premesse sono vagliate nel lungo percorso argomentativo.

3. *Il fatto.*

La *quaestio* sollevata si concentrava sull'illegittimità di un'ordinanza cautelare (per associazione a delinquere di stampo mafioso ed estorsione) fondata su intercettazioni mediante il Trojan Horse.

Il ricorrente aveva eccepito l'invalidità del decreto che autorizzava le intercettazioni, in quanto generico (in motivazione: «*intercettazioni di tipo ambientale che interverranno tra presenti che avverranno nei luoghi di privata dimora in cui si trova il dispositivo in uso a L.P.T.*», sic). La difesa aveva, perciò, lamentato che il decreto autorizzativo non aveva preventivamente indicato i luoghi di privata dimora in cui si sarebbero effettuate le intercettazioni, con ciò violando l'art. 15 della Costituzione, l'art. 8 della CEDU e l'art. 266, co 2 c.p.p.

A sostegno della propria tesi, aveva richiamato un precedente della Cassazione: la sentenza Musumeci²³, «*secondo la quale, l'intercettazione da remoto delle conversazioni tra presenti – con l'attivazione, tramite il c.d. "agente intrusore informatico" del microfono di un apparecchio telefonico smartphone - può ritenersi legittima solo se il relativo decreto autorizzativo individui con precisione luoghi in cui eseguire tale attività captativa*».

4. *Le ragioni del rinvio alle Sezioni Unite.*

La stessa Cassazione VI penale, assegnataria dell'attuale ricorso, ha ritenuto di investire le Sezioni Unite del tema, esponendo le ragioni del disaccordo con il precedente *Musumeci*.

Una di queste appartiene alla sfera del metagiuridico, così: «*la pretesa di indicare con precisione ed anticipatamente i luoghi interessati dall'attività captativa appare incompatibile con questo tipo di intercettazione, che per ragioni tecniche, prescinde dal riferimento al luogo, in quanto è collegata al dispositivo elettronico [...] sicché l'attività di captazione segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore*». A mio parere, si tratta di un evidente paralogismo, poiché la Corte remittente deduce la premessa (differenziazione dei luoghi) dalla conclusione data per scontata (ammissibilità del virus autoinstallante a fini di intercettazione).

²³ Cass. pen., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, *Musumeci*.

Quindi afferma che *«questo tipo di intercettazione, nonostante le peculiari caratteristiche tecniche, può essere ripreso nell'ambito delle intercettazioni c.d. "ambientali", sicché, riconosciuta la collocabilità di tali tecniche nell'ambito della disciplina dell'art. 266, co. 2, c.p.p., per l'intercettazione fra presenti in riferimento al luogo acquista rilievo solo quando l'operazione di captazione deve avvenire in abitazioni o luoghi privati [...] per i quali l'art. 266, co 2, c.p.p. consente la captazione (in ambiente) solo se vi è fondato motivo di ritenere che sia in atto un'attività criminosa»*. Tanto rammentato, la motivazione si rivela incoerente: *«sebbene debba riconoscersi la formidabile invadenza di questo genere di intercettazione, occorre considerare che il principio secondo cui il decreto deve individuare con precisione i luoghi in cui dovrà essere eseguita l'intercettazione delle comunicazioni fra presenti, non solo non è desumibile dalla legge, ma non risulta essere mai stato affermato dalla giurisprudenza e, inoltre, non sembra costituire un requisito significativo funzionale alla tutela dei diritti in gioco (art. 14, 15 Cost., 8 CEDU)»*.

Infatti, merita osservare che, se la norma richiede che la dimora privata da intercettare sia luogo di sospetta commissione di reati, appare conseguente che questa debba essere individuata, a pena di travolgere la condizione legittimante.

La Corte remittente si avvede del rischio connesso alla posizione assunta, in quanto manca la possibilità concreta di sospendere od interrompere la registrazione, quando l'intercettato entri in dimore private altrui; individua l'antidoto nella conseguente inutilizzabilità di tali intercettazioni, pur considerandolo inefficace, in quanto soprattutto le misure cautelari spesso si fondano sui meri brogliacci, senza il previo vaglio del Giudice. Sennonché ritiene che le garanzie offerte alla difesa (a mio parere insufficienti), dal modificato³ art. 268 c.p.p.⁴, siano idonee a paralizzare ogni pericolo.

Infine, rammenta che *a fortiori* per la "criminalità organizzata" non sia richiesta alcuna indicazione della privata dimora esistendo una disciplina derogatoria al codice di rito.

⁴ Corte Cost., sent. 36/2008.

5. *L'interpretazione della disciplina vigente.*

Le Sezioni Unite, dopo aver descritto lo strumento informatico ed i disegni di legge (non approvati) che lo riguardavano, intraprendono una disamina accurata e talora sovrabbondante – scissa da qualsiasi aprioristica premessa – e correlata intimamente al diritto positivo. Colmano, infatti, le lacune della sentenza Musumeci e superano le petizioni di principio dell'ordinanza di remissione, rimanendo legate al diritto positivo.

Innanzitutto, precisano opportunamente che il termine “intercettazione ambientale” non trova cittadinanza nell'ordinamento dove si trova l'esclusivo riferimento ad “intercettazioni fra presenti”, con ciò slegando dal luogo il mezzo di prova.

Si occupano, quindi, della disciplina codicistica ed analizzano la norma regolatoria (l'art. 266 c.p.p.).

Affermano, innanzitutto, che il primo comma esclude la necessità che il decreto autorizzativo indichi preventivamente i luoghi dell'intercettazione. A conclusione opposta le Sezioni Unite pervengono, tuttavia, interpretando l'art. 266. co. 2.

La norma – come rammentato – richiede che le intercettazioni fra presenti possano svolgersi in luoghi di privata dimora, soltanto quando ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Con quattro passaggi argomentativi pervengono, quindi, ad escludere che la norma citata consenta l'uso del Trojan Horse per le intercettazioni.

In sintesi:

a) è condizione imprescindibile per le intercettazioni in luoghi di privata dimora il concreto sospetto che vi si svolga attività criminosa;

b) sono imprevedibili e, dunque, non possono venire indicati nel decreto autorizzativo i luoghi di privata dimora che avrà a frequentare l'intercettato con captatori a distanza;

c) premesso che è impossibile sospendere la captazione all'ingresso in private dimore, anche qualora lo fosse sarebbe «impedito il controllo del Giudice al momento dell'autorizzazione»;

d) i captatori informatici, dunque e secondo le Sezioni Unite, comportano il rischio di una pluralità di intercettazioni in luoghi di privata dimora contrario al principio di proporzionalità.

Ritengono, infine, impropria la sanzione dell'inutilizzabilità, la quale, peraltro, non interdirebbe la possibile divulgazione dei contenuti di captazioni vietate.

Le Sezioni Unite, esposti chiaramente questi passaggi, affermano che non sono ammissibili i captatori informatici per le intercettazioni regolate dall'art. 266, c.p.p., stante l'insuperabile limitazione per i luoghi di privata dimora.

6. *L'art. 13, d.l. 152/1995.*

La sentenza in commento giunge ad un diverso risultato per i reati di c.d. criminalità organizzata evocando una norma, trascurata dalla sentenza *Musumeci*: l'art. 13, d.l. 152/1995.

In effetti, questa prevede: «*quando si tratta di intercettazioni di comunicazioni fra presenti disposte in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa*». Ne consegue palesemente che, per le intercettazioni relative a tali delitti, non sia necessaria la condizione limitativa prevista dal codice. Con ciò cadono, in *subiecta materia*, tutti gli ostacoli normativi individuati dalle Sezioni Unite per il ricorso ai virus informatici nelle intercettazioni domiciliari, *expressis*: «*limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni fra presenti – mediante l'installazione di un*

⁵ Convertito nella l. 203/1991.

“capatatore informatico” [...] 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».

7. *I reati di “criminalità organizzata”.*

Le Sezioni Unite si dedicano inoltre alla delimitazione del termine “criminalità organizzata” menzionato, ma non definito da alcuna norma. Pervengono alla conclusione che vi siano riconducibili *«tutte le fattispecie caratterizzate da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati»* e che *«per i reati di criminalità organizzata devono intendersi, non solo quelli elencati dall’art. 51 co. 3 bis e 3 quater c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere, ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato».*

La nozione così fornita appare coerente con il sistema.

8. *La giustificazione costituzionale.*

La sentenza si fa carico, infine, della giustificazione costituzionale della disciplina ricavata.

In particolare, afferma: *«il legislatore ha operato 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 l’intera collettività, dei (particolari) reati oggetto di attività investigativa per l’acquisizione delle prove».* Ed ancora: *«Le minacce che derivano alla società e ai singoli dalle articolate organizzazioni criminali che dispongono di sofisticate tecnologie e di notevoli risorse finanziarie – e oggi, anche dalla crescente diffusione ed articolazione su scala mondiale delle organizzazioni terroristiche le cui azioni sono finalizzate ad attentare alla vita ed alle*

libertà delle persone ed alla sicurezza collettiva – richiedono una forte risposta dello Stato con tutti i mezzi che la moderna tecnologia offre – e la vigente legislazione, nonché i principi costituzionali consentono – per adeguare l'efficacia investigativa alla evoluzione tecnologica dei mezzi adoperati dai criminali».

Rammento che Cordero, presago ed attento commentatore, nel 1990⁶ (ossia prima della riforma del 1991), criticava la condizione ostativa presente nell'art. 266, co. 2 affermando: «limite discutibile»; «oltre date soglie il garantismo diventa feticcio, utile alle culture ed economie del delitto. Sarebbe ragionevole che nei casi più gravi l'autorizzazione fosse concessa sugli stessi presupposti definiti dall'art. 267»⁷.

⁶ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, p. 302.

⁷ Ossia i gravi indizi di reato e l'indispensabilità del mezzo dell'intercettazione.