

L'ILLUSIONE DI DOMARE IL CAPTATORE INFORMATICO

di Marcello Daniele

(Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Padova)

SOMMARIO: 1. Filosofie del captatore. – 2. L'approccio della sentenza *Scurato*: un'arma contro la criminalità organizzata. – 3. Il quadruplo binario introdotto dalla legge. – 3.1. Il binario ordinario. – 3.2. Il binario "51". – 3.3. Il binario dei delitti di criminalità organizzata non menzionati dall'art. 51 Cpp. – 3.4. Il binario dei delitti contro la pubblica amministrazione. – 4. L'aspirazione alla genuinità delle captazioni. – 5. I divieti probatori *ad hoc*: un'eterogenesi dei fini?

1. Riguardo alle intercettazioni sonore con il captatore informatico (c.d. *trojan*), la riforma Bonafede¹ si è limitata a piccoli ritocchi alla disciplina introdotta dalla riforma Orlando del 2017², ribadendone le scelte di fondo³.

Sui pericoli per la *privacy* che derivano da questo mezzo investigativo non si dirà mai abbastanza. Inoculato in modo occulto in un dispositivo informatico, il *trojan* consente di attivarne a distanza il microfono, realizzando intercettazioni ambientali "itineranti": la captazione è in grado di avvenire ovunque il dispositivo sia collocato dal suo proprietario.

Non si può affermare che le regole appena introdotte non rispettino le condizioni previste dagli artt. 14 e 15 Cost. e 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo ai fini della compressione del diritto alla riservatezza per ragioni investigative⁴. Le intercettazioni con il captatore, infatti, devono essere autorizzate o perlomeno sottoposte ad un controllo successivo da parte del giudice per le indagini preliminari. Possono avvenire solo in presenza di indizi di uno dei reati tassativamente elencati dagli artt. 266 e 266 *bis* Cpp. Devono risultare necessarie ai fini delle indagini, non sussistendo mezzi investigativi meno invasivi per la *privacy* in grado di portare al medesimo risultato (art. 267 Cpp).

¹ D.l. 30.12.2019 n. 161, convertito con modificazioni dalla l. 28.2.2020 n. 7.

² D.lgs. 29.12.2017 n. 216.

³ Colpevolmente, il legislatore continua a disinteressarsi della possibilità di usare i *trojan* per effettuare videoriprese occulte o per carpire a distanza il contenuto dei supporti informatici (c.d. perquisizioni *online*): v., al riguardo, M. Daniele, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*, in *RDPr* 2017, 399 ss.

⁴ Compendiate, in particolare, da C. eur. GC, 4.12.2015, *Roman Zakharov c. Russia*, § 229 ss., 257 ss., con la quale i giudici di Strasburgo hanno ritenuto in contrasto con l'art. 8 della Convenzione europea una serie di intercettazioni effettuate su richiesta di un'agenzia governativa senza il controllo di un giudice.

Ci sono, però, forti dubbi che le nuove regole siano le migliori possibili. Ciò per la filosofia che le ha ispirate, fondata sulla pretesa di trattare le intercettazioni con il captatore in modo analogo alle tradizionali intercettazioni ambientali, laddove, come ora vedremo, si sarebbe potuta battere una strada alternativa.

2. La strada alternativa era stata indicata dalle Sezioni Unite con la sentenza *Scurato*⁵, la quale si era occupata del captatore prima dell'intervento delle riforme Orlando e Bonafede.

Secondo questa decisione, nessun particolare limite avrebbe dovuto operare per le intercettazioni con i *trojan* in luoghi pubblici: in questi casi, il decreto autorizzativo avrebbe potuto limitarsi ad indicare il «destinatario della captazione» e la «tipologia di ambienti» in cui effettuarla.

Per contro, di regola esse non avrebbero potuto essere effettuate nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. (ossia il domicilio o altro luogo di privata dimora). Ciò perché le intercettazioni in uno di questi luoghi – precisa in generale l'art. 266 co. 2 Cpp – richiedono il «fondato motivo di ritenere» che ivi si stia «svolgendo l'attività criminosa»: una condizione tale da presupporre l'individuazione preventiva degli spazi della captazione, risultando incompatibile con la natura per definizione itinerante del captatore⁶.

Avrebbero fatto eccezione i procedimenti per i delitti di «criminalità organizzata», in rapporto ai quali l'art. 13 co. 1 d.l. 13.5.1991 n. 152 introduce un'esplicita deroga al criterio previsto dall'art. 266 co. 2 Cpp. In queste ipotesi il *trojan* sarebbe utilizzabile «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». Una possibilità, del resto, in linea con le affermazioni della sentenza *Zakharov* della Corte europea, la quale aveva mostrato di non considerare indefettibile la delimitazione spaziale delle intercettazioni⁷.

Inteso, per quanto possibile, a rimediare al colpevole ritardo del legislatore nel disciplinare la materia, l'approccio delle Sezioni Unite non era certo privo di difetti. Il raggio operativo del captatore era stato principalmente ancorato ad una categoria – quella della «criminalità organizzata» – criticabile per la sua vaghezza. Tanto è vero che esse l'avevano eccessivamente dilatata, includendovi non solo i gravi delitti di

⁵ Cfr. Cass. S.U. 28.4.2016, n. 26889.

⁶ «Anche se fosse teoricamente possibile seguire gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico e sospendere la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora» – avevano osservato le Sezioni Unite – «sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta al buio».

⁷ C. eur. GC, 4.12.2015, *Roman Zakharov*, cit., § 264, secondo cui il decreto autorizzativo dovrebbe indicare la specifica persona «o» il singolo insieme di luoghi da sottoporre a controllo.

competenza delle procure distrettuali elencati dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* Cpp, ma anche tutti i delitti «comunque facenti capo a un'associazione per delinquere», «con esclusione del mero concorso di persone nel reato». Senza, poi, trascurare il pericolo che gli organi inquirenti manipolassero strumentalmente gli addebiti, in modo da poter comunque fruire di questa forma di intercettazione⁸.

Nondimeno, la sentenza *Scurato* ha il merito di aver riconosciuto l'autentico volto del *trojan*: un insidioso mezzo irriducibile a restrizioni spaziali, che sarebbe opportuno impiegare con grande oculatezza e in rapporto alle indagini per i soli reati più gravi⁹.

3. Purtroppo non è stata questa la scelta del legislatore, il quale ha, invece, ritenuto di poter delimitare a priori lo spazio applicativo del captatore¹⁰, senza timore di permetterne l'impiego in rapporto a tutti i reati per cui sono consentite le intercettazioni tradizionali.

È vero che si è cercato di graduarne l'utilizzo, arrivando ad introdurre ben quattro diversi regimi giuridici¹¹. Ma si è, così, costruito un sistema di non agevole lettura e, soprattutto, incapace di bilanciare in modo equilibrato le esigenze investigative con il rispetto del diritto alla riservatezza.

3.1. In rapporto a tutti i delitti per cui sono consentite le intercettazioni tradizionali, la possibilità di effettuare intercettazioni tramite «captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile» (art. 266 co. 2 Cpp) era già stata prevista dalla riforma Orlando.

L'art. 267 co. 1 Cpp, a questo fine, richiede una motivazione rafforzata: il decreto autorizzativo deve indicare «le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini», nonché «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono».

Quando, poi, la captazione debba avvenire in un luogo privato *ex art. 614 c.p.*, vale il generale requisito dell'attuale svolgimento dell'attività criminosa (art. 266 co. 2 Cpp).

⁸ V. P. Bronzo, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino 2018, 246 ss.; A. Camon, *Cavalli di troia in cassazione*, in *ANPP* 2017, 93 ss.

⁹ Cfr. M. Gialuz, *Premessa*, in *Dinternet* 2020 (3, supplemento), 5; L. Filippi, *La legge delega sulle intercettazioni*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E.M. Mancuso, Milano 2017, 553 ss.

¹⁰ V. A. Camon, *Cavalli di troia*, cit., 93 ss.; M. Bontempelli, *Il captatore dopo la "Spazzacorrotti"*, in *ANPP* 2020, 2 ss.

¹¹ I quali, dopo non pochi rinvii, sono entrati in vigore a partire dal 1° settembre 2020, salva, come vedremo *infra*, § 3.4, la possibilità di usare il captatore nei procedimenti per i delitti contro la pubblica amministrazione già dal 26 gennaio 2018. Sui problemi di diritto transitorio si rinvia al contributo di E. Marzaduri, *infra*.

L'art. 267 co. 2 *bis*, infine, precisa che, perlomeno di regola¹², il *trojan* non è utilizzabile ai fini delle intercettazioni disposte d'urgenza dal solo pubblico ministero e sottoposte al controllo successivo del g.i.p.

Non si può certo dire che la legge non abbia tentato di contenere in termini ragionevoli l'uso del captatore. Sussistono forti dubbi, tuttavia, che l'obiettivo sia stato centrato. Anzitutto perché non ci si può illudere che il vaglio di stretta necessità del *trojan* – sia pure richiesta dal principio di proporzionalità che, in generale, deve orientare qualunque compressione del diritto alla riservatezza¹³ – sia davvero capace di inibire gli abusi¹⁴. Come potrebbe il g.i.p., sprovvisto del fascicolo delle investigazioni, realmente verificare che l'intercettazione con il captatore sarebbe, in quel caso, l'unico mezzo per acquisire informazioni rilevanti, non essendo possibile di avvalersi di un altro mezzo investigativo o, perlomeno, di un'intercettazione ambientale tradizionale?

Come già avviene per queste ultime, inoltre, il requisito dell'attuale svolgimento dell'attività criminosa in un luogo privato – il quale, letteralmente, richiederebbe una vera e propria flagranza nel reato – non potrebbe essere letto in modo troppo rigido, perché diversamente rischierebbe di pregiudicare le esigenze investigative. Ragionevolmente inteso, esso si limita a postulare una prognosi sostenibile all'atto dell'emissione del decreto autorizzativo¹⁵. Qualora, poi, emergesse che non si stava compiendo un reato, non per questo i risultati dell'intercettazione dovrebbero essere dichiarati inutilizzabili ai sensi dell'art. 271 Cpp¹⁶. Così stando le cose, non ci si dovrà stupire qualora, nella prassi, il requisito in questione venga considerato con un certo lassismo, magari ritenendolo insito nella natura del reato oggetto del procedimento.

La restrizione della captazione ai soli tempi e luoghi individuati dal decreto autorizzativo, dal canto suo, pone una sfida molto difficile¹⁷ e comunque rischia di essere vanificata dalla possibilità di determinare gli stessi in modo "indiretto": una formulazione così ambigua consentirebbe, ad esempio, di azionare il captatore ovunque il proprietario del dispositivo si incontrasse con certe persone¹⁸.

¹² *Infra*, § 3.2 e 3.4, vedremo che tale divieto non è previsto da altri binari normativi del captatore.

¹³ Cfr. R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti "captatori informatici". Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *RIDPP* 2018, 547.

¹⁴ V. G. Caneschi, *Le nuove indagini tecnologiche e la tutela dei diritti fondamentali. L'esperienza del captatore informatico*, in *DPenCont* 2019 (2), 423 ss.

¹⁵ Cfr. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, 185 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 7.5.2019, n. 40509.

¹⁶ Sul quale v. *infra*, § 5.

¹⁷ V. P. Bronzo, *Intercettazione ambientale*, cit., 249 ss.; S. Signorato, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in *Nuove norme*, cit., 269.

¹⁸ Così la stessa *Relazione illustrativa* alla l. 23.6.2017, n. 103, p. 10, in www.documenti.camera.it.

Né vanno trascurati gli ostacoli tecnici connessi all'attivazione e disattivazione ad intermittenza del *trojan*. Anche se venisse svolta da appositi programmi con l'ausilio di geolocalizzatori, tale operazione non sarebbe esente dal rischio di errori¹⁹. E comunque verrebbero in gioco i molteplici problemi legati alla riproducibilità e alla verificabilità delle attività dei captatori²⁰, le cui modalità di funzionamento presentano dei lati oscuri perfino per gli stessi informatici, rischiando di generare non poche diatribe fra gli esperti che, nei processi, saranno chiamati a certificare la validità dei risultati ottenuti²¹.

Appare illusoria, in definitiva, la pretesa di imbrigliare le intercettazioni con il captatore tramite le sole limitazioni individuabili *ex ante* con il decreto autorizzativo. Non è difficile prevedere che, analogamente a quello che spesso avviene per le intercettazioni tradizionali²², basterà la loro capacità di raccogliere informazioni rilevanti per l'accertamento del reato a sanarne *ex post* i difetti di origine.

3.2. Come si accennava, al regime ordinario di uso del *trojan* si affiancano alcuni regimi speciali. Il primo – anche esso già introdotto dalla riforma Orlando – vale per i procedimenti per i gravi delitti di competenza delle procure distrettuali elencati dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* Cpp: in rapporto a questi ultimi, l'intercettazione con il captatore è «sempre consentita» (art. 266 co. 2 *bis* Cpp).

È appena il caso di rilevare che questa prescrizione, pur allentando le maglie del controllo giurisdizionale²³, non giustifica la possibilità di avvalersi del *trojan* in modo scriteriato, magari omettendo di indicare le ragioni che lo rendono necessario richieste dall'art. 267 co. 1 Cpp. Di per sé, il comma 2 *bis* dell'art. 266 Cpp si limita ad introdurre una deroga al criterio dell'attuale svolgimento dell'attività criminosa nei luoghi privati previsto dal co. 2. Ed infatti l'art. 267 co. 1 aggiunge che, in rapporto ai delitti di cui si discute, non è necessario che il decreto autorizzativo preindividui in modo specifico, neppure in modo indiretto, i luoghi e il tempo di attivazione del microfono.

Con ciò la riforma Orlando non ha fatto altro che ribadire quanto già previsto dall'art. 13 d.l. 152/1991 per i delitti di criminalità organizzata²⁴: una categoria in cui – come avevano già osservato le Sezioni Unite con la sentenza *Scurato* – senz'altro possono essere ricompresi i delitti elencati dai co. 3 *bis* e 3 *quater* dell'art. 51 Cpp, i

¹⁹ V. P. Bronzo, *Intercettazione ambientale*, cit., p. 249 ss.; D. Curtotti, *Il captatore informatico nella legislazione italiana*, in *Jus-online* 2017 (3), 399 ss.

²⁰ Cfr. G. Ziccardi, *Il captatore informatico nella "Riforma Orlando": alcune riflessioni informatico-giuridiche*, suppl. a *AP* 2018 (1), 505 ss.

²¹ Cfr. R. Orlandi, *Usi investigativi*, cit., 551.

²² Si veda F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013, 684 ss

²³ Cfr. F. Ruggieri, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *PPG* 2020 (4), 6.

²⁴ V. *supra*, § 2.

quali, pur non essendo tutti di natura associativa, presuppongono comunque una più o meno forte struttura organizzativa²⁵.

Si aggiunga che l'art. 13 d.l. 152/1991 prevede altre due deroghe rispetto a quanto richiesto dall'art. 267 co. 1 Cpp, anche esse traslabili ai delitti distrettuali in questione²⁶: gli indizi di reato necessari per intercettare non devono essere «gravi», bensì «sufficienti»; le intercettazioni, inoltre, devono essere «necessarie» per lo svolgimento delle indagini, e non «assolutamente indispensabili» per la «prosecuzione» delle medesime.

L'art. 267 co. 2 *bis* Cpp, infine, consente nei procedimenti in esame l'uso del captatore con decreto motivato del pubblico ministero, soggetto alla convalida del g.i.p.²⁷. La condizione è che il provvedimento indichi specificamente «le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice».

Dal complesso di queste prescrizioni emerge l'evidente volontà del legislatore di facilitare il più possibile l'uso del captatore ai fini della repressione delle condotte richiamate dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* Cpp. Non ne va, però, sottovalutato il possibile effetto diseducativo. Se già la disciplina ordinaria non è in grado di assicurare un ricorso equilibrato al captatore, è evidente come, con queste norme speciali, il pericolo di un impiego disinvolto dello strumento diventi ancora più alto.

Se la giurisprudenza non riuscirà a fissare i dovuti limiti, non è difficile prevedere che gli investigatori ricorreranno al *trojan* in modo sistematico, anche quando avrebbero a disposizione mezzi meno invasivi per la *privacy*. Ed è inutile ricordare come ciò confliggerebbe con il criterio di stretta necessità che, in forza dell'art. 267 co. 1 Cpp, dovrebbe governare qualsiasi tipologia di intercettazione con il captatore, esponendo il nostro ordinamento a possibili censure da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

3.3. Un discorso a parte riguarda i delitti di criminalità organizzata che, tuttavia, non rientrano fra i delitti elencati dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* Cpp.

Diversamente da quello che potrebbe sembrare a prima vista, a questi ultimi non è pienamente applicabile il regime ordinario del *trojan*. Lo impedisce un difetto di coordinamento fra le modifiche apportate all'art. 267 co. 1 Cpp e l'art. 13 d.l. 152/1991. Già sappiamo che, in rapporto a tutti i procedimenti per i delitti di criminalità organizzata, quest'ultimo prevede la possibilità di effettuare intercettazioni nei luoghi

²⁵ V. Cass. S.U. 28.4.2016, n. 28.

²⁶ In senso contrario, v. Orlandi, *Usi investigativi*, cit., 546 ss., secondo cui in questi casi varrebbero i più stringenti requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 267 Cpp per le intercettazioni ordinarie.

²⁷ Il decreto va comunicato «immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore» al g.i.p., il quale, «entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato», a pena dell'interruzione e dell'invalidità dell'intercettazione (art. 267 co. 2 Cpp).

privati, con o senza captatore, a prescindere dal fatto che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa. L'art. 267 co. 1 Cpp, dal canto suo, per i delitti non ricompresi dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* richiede l'indicazione, sia pure indiretta, dei luoghi di attivazione del captatore²⁸.

La tensione fra le due prescrizioni è evidente. Ciò porta a pensare che, al fine di attenuarla, l'art. 267 co. 1 verrà applicato in modo talmente elastico che, contrariamente alle intenzioni del legislatore, di fatto non ci saranno grosse differenze fra il regime operativo delle intercettazioni con il *trojan* per i delitti distrettuali e quello per gli altri delitti di criminalità organizzata²⁹.

3.4. Un ultimo binario riguarda i delitti dei pubblici ufficiali o – a seguito della riforma Bonafede – anche degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

Esso era stato originariamente introdotto dalla l. 9.1.2019 n. 3 (c.d. legge “spazzacorrotti”), a suggello dell'intenzione del Governo di elevare la repressione delle condotte di corruzione dei funzionari pubblici ad una delle linee portanti della propria azione politica. La riforma Bonafede lo ha ritoccato, disegnando una disciplina che, se nelle intenzioni vorrebbe apprestare qualche cautela in più rispetto a quella prevista in rapporto ai procedimenti per i delitti *ex art. 51 Cpp*, nella sostanza non si discosta di molto da quest'ultima.

L'art. 266 co. 2 *bis* Cpp ribadisce che, in rapporto ai delitti in questione, l'impiego del captatore è «sempre consentito». Coerentemente, l'art. 267 co. 1 Cpp aggiunge che il decreto autorizzativo non deve individuare, neppure indirettamente, i luoghi e il tempo di attivazione del microfono.

Sennonché – e qui sta la più rilevante novità della riforma Bonafede – l'art. 266 co. 2 *bis* subito dopo richiede l'indicazione delle «ragioni» che «giustificano l'utilizzo» del *trojan* «anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale». Ma tale onere rafforzato di motivazione solo apparentemente introduce una garanzia più forte³⁰. Non è indispensabile, al fine di soddisfarlo, che sia ragionevole presumere che ivi si svolgerà l'attività criminosa. È sufficiente una giustificazione ben più blanda: ad esempio, il

²⁸ Cfr. G. Amato, *Trojan applicabile ai reati degli incaricati di pubblico servizio*, in *GD 2020* (6), 68.

²⁹ Con ogni probabilità, in rapporto ai delitti di criminalità organizzata diversi da quelli distrettuali, a livello applicativo resterà fermo solo il divieto per il pubblico ministero di disporre le intercettazioni in via d'urgenza, le quali sono invece permesse dall'art. 267 co. 2 *bis* Cpp per i delitti distrettuali.

³⁰ Parlano di «mero artificio retorico» L. Agostino-M. Peraldo, *Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 81.

fatto che il dispositivo da infettare sia principalmente utilizzato proprio in quel luogo da chi lo possiede³¹.

Come avviene per i procedimenti relativi ai delitti *ex art. 51 co. 3 bis e 3 quater* Cpp, infine, l'art. 267 co. 2 *bis* Cpp consente anche qui l'uso del captatore in via d'urgenza con decreto motivato del pubblico ministero, soggetto alla convalida del g.i.p.

Insomma, ci troviamo di fronte ad una disciplina che, con ogni probabilità, si rivelerà incapace di tracciare un'effettiva distinzione con gli altri regimi speciali del captatore. Il che sarebbe del tutto ragionevole, se la scelta di trattare i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione nello stesso modo dei delitti distrettuali fosse giustificata da serie ragioni di politica criminale³². È difficile, però, liberarsi dalla sensazione che l'equiparazione sia, in realtà, il portato dell'intento del Governo di guadagnare consenso elettorale, prendendo di mira una categoria di illeciti non necessariamente dotati di una superiore pericolosità sociale. Perché, al di fuori dei delitti distrettuali, stigmatizzare proprio la corruzione dei funzionari pubblici e non altri illeciti fra quelli elencati dagli art. 266 e 266 *bis* Cpp, magari altrettanto allarmanti?

La cattiva coscienza del legislatore è resa manifesta anche dal vero e proprio *blitz* con cui l'entrata in vigore del binario speciale di cui si discute è stata anticipata. Come già sappiamo, l'efficacia operativa della disciplina codicistica del captatore è stata posticipata al 1° settembre 2020. Parallelamente, però, con l'art. 6 d.lgs. 216/2017 e, in seguito, con l'art. 1 della legge Spazzacorrotti, la disciplina speciale delle intercettazioni per i procedimenti di criminalità organizzata prevista dall'art. 13 d.l. 152/1991 è stata integralmente estesa ai procedimenti per i delitti contro la pubblica amministrazione³³. Tale parificazione è avvenuta in forza di norme che sono entrate in vigore fin dal 26 gennaio 2018³⁴. Di qui la possibilità di invocarle per effettuare intercettazioni con il captatore fin da quella data, come concretamente avvenuto nell'ambito di un'inchiesta che aveva coinvolto alcuni esponenti di spicco della stessa magistratura.

Le Sezioni Unite civili, investite della questione dell'utilizzabilità di tali captazioni in sede disciplinare, ne hanno giustificato l'impiego osservando come la facoltà di avvalersi del captatore sarebbe stata indipendente dalla modifica del codice effettuata dal d.lgs. 216/2017, in quanto direttamente derivante dall'art. 13 d.l. 152/1991, come del

³¹ V. G. Amato, *Captatore informatico, una disciplina difficile da ricostruire*, in *GD* 2020 (13), 41.

³² In questo senso v. M. Torre, *Il captatore informatico dopo la legge c.d. "spazza-corrotti"*, in *DPP* 2019, 651 ss.

³³ Anche in rapporto a questi ultimi, dunque, per le intercettazioni valgono i requisiti speciali della sufficienza degli indizi e della mera necessità ai fini delle indagini, e non è richiesto l'attuale svolgimento dell'attività criminosa nei luoghi privati.

³⁴ Ossia la data di entrata in vigore del d.lgs. 216/2017.

resto osservato dalle Sezioni Unite penali in rapporto ai procedimenti per i delitti di criminalità organizzata³⁵.

È una ricostruzione in rapporto a cui risulta difficile trovare delle obiezioni³⁶. La disciplina codicistica del captatore diventerà, in virtù del principio di specialità, la fonte primaria di legittimazione dello strumento solo una volta che sarà entrata in vigore. L'art. 13 d.l. 152/1991, a quel punto, di per sé non potrà più giustificare l'impiego, ma si limiterà a derogare alle regole del codice con i suoi requisiti speciali. Né le intercettazioni sonore con il *trojan* potranno rientrare nel variegato contenitore della prova atipica di cui all'art. 189 Cpp³⁷. Diversamente, quest'ultimo verrebbe usato per aggirare la disciplina di un mezzo istruttorio, a tutti gli effetti, ormai tipizzato dal codice.

4. Altri interventi legislativi riguardano le modalità di svolgimento delle intercettazioni con il captatore, valide per tutti i binari normativi considerati. Ne emerge come il legislatore sia consapevole del fatto che l'uso del *trojan* sia un'operazione tecnicamente ben più complessa dell'impiego delle tradizionali microspie e, conseguentemente, ad elevato rischio di errore³⁸.

L'art. 268 co. 3 *bis* Cpp, anzitutto, consente al pubblico ministero di disporre che le intercettazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati³⁹, ed autorizza gli ufficiali di polizia giudiziaria ad avvalersi di «persone idonee» ai sensi dell'art. 348 co. 4 Cpp ai fini delle «operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni» con il captatore. Pur senza trascurare il rischio che le intercettazioni siano affidate a società esterne incapaci di assicurare i dovuti *standard* qualitativi⁴⁰, si tratta di aperture comprensibili, in una realtà in cui i competenti uffici pubblici spesso non posseggono le necessarie competenze e dotazioni tecnologiche.

In quest'ottica, l'art. 89 NAttCpp, modificato dalla riforma Orlando e poi rimaneggiato dalla riforma Bonafede, aggiunge ulteriori adempimenti finalizzati ad assicurare che i *files* delle tracce audio riportino fedelmente il contenuto delle

³⁵ Cfr. Cass. S.U. civ. 3.12.2019-15.1.2020, n. 741. In questo senso v. anche L. Giordano, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in www.sistemapenale.it, 21 aprile 2020, 134 ss.

³⁶ In senso diverso, v., nondimeno, S. Signorato, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi e S. Seminara, Torino 2019, 256 ss.

³⁷ Così, invece, M. Bontempelli, *Il captatore*, cit., 3 ss.

³⁸ Cfr. C. Conti, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *DPP* 2018, 1218 ss.

³⁹ Tale possibilità è impropriamente riferita alle sole intercettazioni di comunicazioni «informatiche o telematiche». Ma tale limitazione è superabile se si considera che il captatore è, in astratto, sempre una potenziale fonte di intercettazioni di questo genere: cfr. S. Signorato, *Modalità procedurali*, cit., 272 ss.

⁴⁰ V. T. Bene, «Il re è nudo»: *anomie disapplicative a proposito del captatore informatico*, in www.archiviopenale.it, 9 ottobre 2019, 9 ss.

conversazioni intercettate. Sta, sullo sfondo, il problema legato al possibile impiego di programmi informatici i cui “codici sorgente”, detenuti dalle aziende private che li producono, siano inaccessibili alla difesa, rendendo difficile verificarne a posteriori le modalità di funzionamento e le garanzie di affidabilità⁴¹. Di qui una serie di accorgimenti:

- l'indicazione nel verbale delle operazioni del «tipo di programma impiegato» e, «ove possibile»⁴², dei «luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni» (co. 1);

- il “dovere” di impiegare «programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia» (co. 2)⁴³;

- il “conferimento” delle comunicazioni intercettate, «dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità delle reti di trasmissione», «esclusivamente negli impianti della procura della Repubblica», in modo da evitarne una incontrollata circolazione al di fuori dei circuiti istituzionali; nonché, dopo tale trasferimento, lo svolgimento di «controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso» (co. 3)⁴⁴;

- in caso di impossibilità del «contestuale trasferimento dei dati intercettati», l'indicazione nel verbale delle «ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate» (co. 4)⁴⁵;

- al termine delle operazioni, la «disattivazione del captatore», da menzionare nel verbale, «con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi» (co. 5).

Questa meticolosa attenzione alla genuinità delle operazioni, tuttavia, tradisce una certa insicurezza, confermando il pericolo che la pretesa legislativa di governare pienamente il *trojan* sia solo una pia illusione. È, del resto, lo stesso art. 89 co. 1

⁴¹ Cfr. A. Camon, *Cavalli di troia*, cit., 95 ss.

⁴² L'inciso è stato aggiunto dalla riforma Bonafede.

⁴³ Difficile individuare una differenza tra tale formulazione, sempre introdotta dalla riforma Bonafede, e quella della riforma Orlando, secondo cui si sarebbero “potuti” impiegare “soltanto” programmi di questo tipo. Ad ogni modo, il Governo ha individuato tali requisiti con il d.m. 20.4.2018; un provvedimento, però, criticato a causa della sua genericità: cfr. T. Bene, *“Il re è nudo”*, cit., 6 ss.

⁴⁴ Anche qui si registra una sostanziale convergenza con la versione della norma introdotta dalla riforma Orlando, ai sensi della quale «le comunicazioni intercettate sono trasferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente verso gli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato».

⁴⁵ Stando alla riforma Orlando, avrebbero dovuto essere indicate solo le «ragioni *tecniche* impeditive». Con la formulazione attuale, più realisticamente si tiene conto del fatto che il contestuale trasferimento dei dati potrebbe essere impedito anche da problemi di tipo pratico, magari legati alla scarsità delle risorse a disposizione degli uffici.

NAttCpp ad ammetterlo esplicitamente quando, come si è appena detto, prevede l'eventualità che sia "impossibile" indicare i luoghi delle captazioni nel verbale, eludendo l'obbligo di delimitazione spaziale del captatore di regola imposto dall'art. 267 co. 1 Cpp. Un'evenienza che potrebbe anche essere dovuta a *deficit* tecnologici, magari legata alle difficoltà di ricostruire con precisione a posteriori le attività del *trojan*⁴⁶.

Così stando le cose, non stupisce che le prescrizioni dell'art. 89 NAttCpp siano *leges minus quam perfectae*. Esse non sono incluse dall'art. 271 Cpp fra le regole da osservare a pena di inutilizzabilità⁴⁷. Né è sostenibile che la loro violazione generi una nullità per lesione del diritto di difesa, posto che indicano modalità tecniche da osservare per garantire l'interesse pubblico al miglior accertamento dei fatti. Anche se non va trascurato che la loro violazione è destinata a riverberarsi sul valore probatorio delle captazioni⁴⁸, rischiando in non pochi casi di minare l'impianto accusatorio.

5. Un ultimo gruppo di disposizioni concerne il regime di utilizzabilità delle comunicazioni e conversazioni acquisite con il captatore.

Salva l'inutilizzabilità generale sancita dall'art. 271 co. 1 Cpp⁴⁹, viene in gioco, a questo riguardo, anzitutto l'art. 271 co. 1 *bis* Cpp, già introdotto dalla riforma Orlando. Vi si prescrive che «non sono in ogni caso utilizzabili» nè «i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile», nè «i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo».

Sono, comprensibilmente, divieti di uso volti ad impedire che il captatore sia impiegato per acquisire informazioni al di fuori dei limiti fissati nel decreto autorizzativo.

Per comprenderne la portata, va ricordato che l'inutilizzabilità non sempre opera quando l'intercettazione avvenga in un luogo privato, ma ivi non si stesse svolgendo l'attività criminosa: quest'ultimo requisito – che comunque non vale per tutte le tipologie di intercettazioni con il captatore – come si è detto si esaurisce in una mera previsione *ex ante* che non necessariamente dovrebbe poi avverarsi⁵⁰.

⁴⁶ Su cui v. il prossimo §.

⁴⁷ V. T. Bene, "Il re è nudo", cit., 8 ss.

⁴⁸ Cfr. S. Signorato, *Modalità procedurali*, cit., 271.

⁴⁹ «I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 co. 1 e 3».

⁵⁰ Cfr. *supra*, § 3.1.

Al di là di questo caso, va detto che il rigore dei divieti probatori sanciti dall'art. 271 co. 1 *bis* Cpp, oltre a rischiare di generare non pochi dubbi operativi⁵¹, paradossalmente potrebbe stimolare una certa indulgenza nel decreto autorizzativo: a fronte del pericolo di perdere elementi preziosi per la ricostruzione dei fatti, è plausibile che si useranno i margini di elasticità che contraddistinguono i requisiti di ammissibilità delle intercettazioni per ampliare il più possibile il raggio applicativo del *trojan*.

Altre modifiche – di non agevole lettura – riguardano la disciplina dell'utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti. Si allude alle situazioni in cui, nonostante che il decreto autorizzativo sia stato disposto in riferimento ad un certo reato, dalle intercettazioni emergano elementi conoscitivi rilevanti ai fini dell'accertamento di un altro reato. Se questi ultimi fossero sempre pienamente utilizzabili, si entrerebbe in tensione con il requisito della stretta necessità delle intercettazioni rispetto agli mezzi investigativi, che non verrebbe soddisfatto in merito ai reati non considerati dal decreto autorizzativo⁵².

Di qui la soluzione di compromesso accolta dall'art. 270 Cpp. La regola è che i risultati delle intercettazioni sono inutilizzabili in altri procedimenti. Sono, però, previste delle eccezioni, che, a seguito delle modifiche apportate dalla riforma Bonafede, per le intercettazioni senza il captatore riguardano «i delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza» e i «reati di cui all'articolo 266, co. 1» (co. 1)⁵³.

Quanto alle intercettazioni con il captatore, viene in evidenza l'insoddisfacente previsione dell'art. 270 co. 1 *bis*, sempre introdotta dalla riforma Bonafede⁵⁴. Considerato il rinvio al co. 1, non è chiaro se essa elenchi in modo esaustivo i casi di utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti, oppure indichi ulteriori ipotesi da aggiungere a quelle già previste per le intercettazioni senza il captatore⁵⁵.

⁵¹ Cfr. P. Bronzo, *Intercettazione ambientale*, cit., 257; N. Galantini, *L'inutilizzabilità dei risultati*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Bari 2018, 227 ss.

⁵² Cfr. A. Camon, *Commento all'art. 266 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, III ed., Milano 2020, 1095 ss.; G. Illuminati, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 30 gennaio 2020, 3 ss.

⁵³ Sul significato di tale prescrizione si rinvia al contributo di A. Vele, *supra*. Si aggiunga che, stando all'interpretazione fornita da Cass. S.U. 28.11.2019, n. 51, i reati connessi *ex art.* 12 Cpp (e non, invece, quelli collegati ai sensi dell'art. 371 Cpp), alla condizione che figurino nell'elenco predisposto dagli artt. 266 e 266 *bis* Cpp, rientrerebbero nel "medesimo procedimento", restando pertanto fuori dal divieto di utilizzazione che l'art. 270 co. 1 Cpp prescrive in rapporto ai "procedimenti diversi".

⁵⁴ «Fermo restando quanto previsto dal co. 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, co. 2 *bis*».

⁵⁵ V., al riguardo, A. Vele, cit.

Qualunque sia l'interpretazione scelta, la possibilità di estendere l'uso delle intercettazioni in rapporto a tutti i reati di cui all'art. 266 co. 2 *bis*, sebbene non considerati dal decreto autorizzativo, determina irragionevoli disparità di trattamento. Una deroga del genere al criterio della stretta necessità, per risultare accettabile, dovrebbe essere limitata ai reati di maggiore gravità ed allarme sociale. Estesa al calderone dei delitti distrettuali *ex art. 51 co. 3 bis e 3 quater Cpp* e dei delitti contro la pubblica amministrazione, risulta costituzionalmente indifendibile.

ILP