



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



INTERCETTAZIONI CON CAPTATORE INFORMATICO: PARERE DEL GARANTE SULLO SCHEMA DI DECRETO

Parere sullo schema di decreto del Ministro della giustizia recante disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'articolo 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216

di **Mariangela Miceli**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 20 Settembre 2018

Sommario: 1. Premessa; 2. La sentenza Scurato e la Riforma Orlando; 3. Lo schema di Decreto; 4. Il parere del Garante sullo schema di decreto; 5. Conclusioni.

1. Premessa

La tecnologia digitale è entrata, di fatto, all'interno del sistema del processo penale, numerose sentenze sia di merito che di legittimità si sono espresse sull'utilizzo dei c.d. 'captatori informatici', quali navigatori satellitari o programmi di clonazione hard disk (ad esempio i ghost)^[1].

2. La sentenza Scurato e la Riforma Orlando

Nella sentenza n.26889/2016 delle Sezioni Unite (nota come la Sentenza Scurato) è chiarito 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.

La Corte si è espressa chiarendo che: "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]

Rispetto a tale indirizzo e all'utilizzo dei software informatici di controllo da remoto si è inserita di diritto la riforma Orlando che ha contemplato esigenze investigative diverse.

La novella legislativa ha, infatti, tenuto conto delle nuove forme di organizzazioni criminali che hanno imposto sistemi d'indagine alternativi e più efficaci che si potessero utilizzare al fine di contrastare il traffico di droga e la cessione di materiale pedopornografico attraverso il web.

La nuova previsione normativa ha così accolto diffusamente la 'proposta' della "sentenza Scurato", e solo alcuni dei tanti spunti offerti dalla dottrina negli ultimi anni. Al Giudice per le indagini preliminari è affidato, dunque, il compito di recuperare l'effettiva funzione di controllo sul 'progetto investigativo' ipotizzato dal pubblico ministero al fine di

salvaguardare i valori costituzionali coinvolti dall'utilizzo del mezzo.

3. Lo schema di Decreto

Lo schema di decreto si compone di 4 articoli: l'articolo 1 disciplina le funzioni dell'"archivio riservato" delle intercettazioni -istituito presso l'ufficio del pubblico ministero ai sensi dell'art. 89-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale- prevedendo che in esso siano custoditi e conservati tutti gli originali dei verbali, delle annotazioni e degli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono, inclusi quelli relativi alle comunicazioni o conversazioni inutilizzabili o non rilevanti ai sensi dell'articolo 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale.

Esso dispone, inoltre, che fino alla attuazione del processo penale telematico, il pubblico ministero provvederà a formare copia informatica di suddetta documentazione, al fine di consentirne la conservazione e la consultazione in formato digitale. Ciò in attesa che, con l'attuazione del processo penale telematico, la formazione dei verbali e degli atti avvenga direttamente con modalità telematiche.

L'articolo 2 stabilisce che il Ministero della Giustizia renda disponibile agli uffici del pubblico ministero, un sistema informatico (hardware e software) in grado di conservare tutte le conversazioni e comunicazioni disposte nell'ambito del procedimento e che, fino alla realizzazione delle sale server interdipartimentali delle intercettazioni, le modalità di gestione dei sistemi informatici di intercettazione presso le attuali strutture, si conformano alle specifiche tecniche, finalizzate ad assicurare standard adeguati di sicurezza dei sistemi informatici e di riservatezza dei dati trattati.

L'articolo 3 disciplina la consultazione dell'archivio riservato (commi 1 e 4). In esso viene infatti previsto che "presso ciascun ufficio del pubblico ministero sono rese disponibili postazioni sicure riservate per l'esercizio del diritto di accesso ai soggetti [...]"] legittimati e che "[...] ciascun soggetto ammesso alle postazioni verrà munito di un codice identificativo, generato dal sistema informatico di gestione degli accessi e fruibile una sola volta".

Il medesimo articolo 3 prevede, altresì, che vengano adottate misure organizzative in grado di assicurare la massima vigilanza dei locali dove sono collocate le suddette "postazioni sicure", anche attraverso sistemi di videosorveglianza, e l'identificazione di coloro che richiedono l'accesso all'archivio, nonché la registrazione delle operazioni di consultazione (art. 3 commi 2, 3 e 5).

L'articolo 4 dello schema, infine, definisce quali debbano essere i requisiti tecnici dei c.d. “programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore”.

4. Il parere del Garante sullo schema di decreto

Sullo schema di Decreto appena citato, si è pronunciato il Garante della privacy che si è così espresso sugli articoli sopra indicati.

In via preliminare il Garante ha evidenziato che si facesse un riferimento alla direttiva UE 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, per quanto attiene alla gestione dei sistemi di sicurezza previsto dall'art. 2 .

All'interno del parere si legge chiaramente come l'auspicio sia di specificare in che modo s'intenda gestire la fase acquisizione delle intercettazioni e di chiarire, nelle more della realizzazione delle sale server, come si intenda procedere in tema di accorgimenti in materia di sicurezza.

Ciò, poiché le intercettazioni sono tenute sotto la direzione e la sorveglianza dello stesso Procuratore della Repubblica e gestite con modalità, anche informatiche, tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita e da garantire il monitoraggio degli accessi.

In merito, sono da rilevare le nuove norme disciplinanti la materia: in particolare, il nuovo 4° comma dell'art. 268 c.p.p. dispone che i verbali e le registrazioni delle intercettazioni compiute siano trasmessi dalla polizia giudiziaria al magistrato del pubblico ministero immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga; l'autorità giudiziaria, nel caso in cui sia necessario per la “prosecuzione delle operazioni”, può disporre con decreto “il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni” quando ciò appare determinato “in ragione della complessità delle indagini” e dalla necessità che la polizia giudiziaria delegata all'ascolto “consulti le risultanze acquisite”. Tale disciplina si sovrappone a quella sul deposito dei verbali e delle registrazioni disciplinata dal nuovo art. 268 bis c.p.p., con cui è previsto che il deposito nel predetto archivio riservato delle annotazioni, dei verbali e delle registrazioni unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione (cui hanno accesso immediato anche i difensori delle parti ai sensi del 2° co.), debba avvenire “entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni”, salvo che il giudice per le indagini preliminari, in caso di grave pregiudizio per le indagini stesse, autorizzi, ai sensi del 3° comma, il cosiddetto ritardato deposito degli atti non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Con la nuova disciplina, pertanto, gli atti relativi alle intercettazioni non vengono più inseriti nel fascicolo del pubblico ministero, di cui all'art. 373, 5° co., c.p.p., ma vengono mantenuti separati e custoditi con particolari cautele di riservatezza e su tale sicurezza il Garante ha ribadito di ottemperare con tutti i mezzi possibili.

Riguardo alla procedura da seguire per la selezione e l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari delle intercettazioni ritenute rilevanti, in conformità alla legge delega, il legislatore ha optato per la previsione di un meccanismo differenziato di acquisizione, a seconda che si proceda per le vie ordinarie ovvero intervenga una richiesta di misura cautelare.

Il garante procedendo nell'analisi anche dell'articolo 3, quindi, in merito alla consultazione dell'archivio riservato, evidenzia la necessità con riferimento ai collegamenti telematici che venga garantito l'obiettivo di garantire la riservatezza delle comunicazioni, in particolare, dei difensori nei colloqui con l'assistito e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'art. 15 Cost., attraverso prescrizioni che indichino anche le modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che dessero una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia.

I veri pericoli si rinvergono nei meccanismi di acquisizione della prova con captatore informatico nel corso delle varie fasi processuali in cui si articola il procedimento.

Con riferimento, infatti, alle operazioni per l'acquisizione di materiale frutto di intercettazioni ai fini investigativi si rileva come il Garante chieda espressamente che vengano indicati gli strumenti funzionali all'esecuzione della intercettazione. Ciò in ragione che con l'introduzione della nuova disciplina, il deposito degli atti relativi alle intercettazioni, seppur contestuale, sarà evidentemente autonomo da quello degli altri atti d'indagine, in quanto i primi sono conservati in archivio riservato, mentre gli altri si trovano nel fascicolo delle indagini.^[3]

Il sistema così congegnato, si legge nella Relazione illustrativa alla riforma Orlando, consente di superare “il precedente modello incentrato sulla cosiddetta udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile”.^[4]Solo la prassi potrà dimostrare se tale

impostazione sia sufficiente ad evitare fuoriuscite indesiderate di atti e/o notizie.^[5]

5. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, vale la pena anche evidenziare come il Garante si sia uniformato a quanto disposto dalla stessa CEDU che già si era espressa sul tema delle garanzie minime che la legge nazionale deve apprestare nella materia delle intercettazioni, riguardano “la 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.”

L'uso del captatore è vietato nei luoghi di privata dimora ai sensi dell'art. 614 c.p. e che pur innestandosi su mezzi di natura elettronica debba ad ogni modo garantire il perfetto uso degli stessi e che l'uso del c.d. trojan sia finalizzato a indagini riguardanti delitti di criminalità organizzata è prevista una disciplina speciale.

Appare chiaro, come nell'ottica di nuovi strumenti e nuove tutele l'apertura delle indagini penali in Italia a forme di intercettazioni effettuate tramite captatori informatici onnicompresivi rappresenta un passo necessario nell'attuale contesto storico, dove queste forme di surveillance vengono ormai di fatto esercitate.

^[1]Cass., Sez. V, sent. 14 ottobre 2009, C.E.D. 246954, già commentata da ATERNO, Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale, in GIUR. Merito, 2013, p.955 ss. da TORRE, Il Virus di Stato, cit. p. 1164 ^[2]Cass., Pen., S.U. n.26889/2016 ^[3]Dei cui lavori dà conto Palazzo, Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria, cit. ^[4]Per una compiuta e condivisibile ricostruzione, v. Orlandi, La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione. Regole processuali e rifrazioni deformanti, DPCont, 3/2017, 47 ss.; v. anche Palazzo, Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria, cit., 139. Sulle possibili soluzioni, contra, Ferrarella, Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme, DPCont, 3/2017, 14, per il quale il segreto dovrebbe essere limitato, proponendo «l'accesso diretto agli atti come medicina per cinque malattie». ^[5]Secondo Orlandi, La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione. Regole processuali e rifrazioni

deformanti, cit., 57, «il controverso art. 114 c.p.p. e il combinato di quei tre commi (2°, 3° e 7°) hanno retto malamente l'urto dell'informazione giudiziaria in un'esperienza ormai trentennale».
