

Law and Media Working Paper Series

no. 14/2016

STELLA ROMANO - CARLO SORIO<sup>1</sup>

**L'utilizzo dei c.d. *trojan horses* nelle indagini penali e la tutela "progressiva" della libertà e segretezza delle comunicazioni**

INDICE: 1. Le necessarie coordinate costituzionali della tutela della riservatezza delle comunicazioni. – 2. L'art. 8 CEDU e la tutela europea della libertà e segretezza delle comunicazioni. – 3. Le Sezioni Unite "Scurato": l'approdo della giurisprudenza di legittimità in materia di utilizzo di virus tipo "trojan horse" nelle indagini penali. – 3.1. L'interpretazione del combinato disposto dell'art. 266 comma 2 c.p.p. e dell'art. 13 d.l. 152/1991 fornita dalle Sezioni Unite. – 3.2. La nozione di "criminalità organizzata" adottata dalle Sezioni Unite. – 3.3. Il rispetto della riserva di legge alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: la c.d. quality of law. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Le necessarie coordinate costituzionali della tutela della riservatezza delle comunicazioni.*

In un momento storico alquanto delicato, in cui il ricorso alle "investigazioni tecnologiche" e all'accessibilità a dati ed informazioni trasmesse per via telefonica e

---

<sup>1</sup> L'articolo è il frutto della collaborazione dei due autori, per cui Stella Romano (Dottore europeo di ricerca in diritto costituzionale dell'Università di Bologna) è autrice dei primi due paragrafi mentre Carlo Sorio (Avvocato penalista del Foro di Verona) è autore dei rimanenti paragrafi, nello specifico dei paragrafi 3 e 4.

telematica appare indispensabile di fronte ad un'emergente necessità di accertamento e di repressione di crimini dai confini transazionali e dai contorni impercettibili, la decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione "Scurato"<sup>2</sup>, che ha legittimato l'utilizzo di virus auto-installanti del tipo c.d. *trojan horse* che consentono di captare conversazioni fra presenti ex art. 266 c.p.p. anche nei luoghi di privata dimora ai sensi dell'art. 614 c.p., riveste un'importanza decisiva nella ricerca di quel difficile punto di bilanciamento tra le predette esigenze di sicurezza pubblica ed il rispetto delle garanzie e dei diritti inviolabili dell'uomo, connessi alla sfera della riservatezza delle comunicazioni.

Orbene, prima di addentrarci nel merito del bilanciamento realizzato dalla decisione dei giudici di legittimità, occorre, seppur per brevi cenni, tracciare i tratti caratterizzanti e sintomatici della tutela costituzionale della libertà e segretezza comunicazioni, che, per l'appunto, rischiano, o potrebbero rischiare di scolorire di fronte alla capacità pervasiva ed intrusiva dello strumento delle intercettazioni mediante l'utilizzo di virus auto-installanti.

E' noto come la tutela costituzionale delle comunicazioni, così come formulata nell'art. 15 Cost., è solidamente vincolata alla nozione di corrispondenza elaborata dalla migliore dottrina penalistica in sede di interpretazione dell'art. 616 c.p. che, nell'ambito dei delitti contro la inviolabilità dei segreti, disciplina la "violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza". Tale norma infatti contiene una definizione di corrispondenza, che trova uno specifico fondamento nell' art. 24 D.p.r. 29 maggio 1982, n. 655, contenente il Regolamento del codice postale e stabilisce che "agli effetti dell'art. 1 del codice postale, si considera corrispondenza epistolare qualsiasi invio chiuso, ad eccezione dei pacchi, e qualsiasi invio aperto che contenga comunicazioni aventi carattere attuale e personale".

Ora, nella tutela penale si evidenzia quel nesso di reciproco completamento tra libertà e segretezza delle comunicazioni intersoggettive, per cui l'oggetto dell'inviolabilità appare il rapporto di corrispondenza in quanto tale, ossia la libertà di comunicare con altri

---

<sup>2</sup> Cassazione pen., S.S.U.U., Sent., 1 luglio 2016 (28 aprile 2016), n. 26889, Pres. Canzio, Rel. Romis, P.M. Rossi (conf.) - Ric. Scurato, in *Diritto penale e processo*, 8, 2016, p. 1041 e ss.

epistolariamente o con qualunque altro mezzo di comunicazione, e la libertà di celare –a tutti che non siano destinatari- il contenuto della comunicazione, a prescindere dal fatto che questo sia di carattere segreto oppure no<sup>3</sup>.

Ed è stata proprio la valorizzazione del carattere della segretezza, emergente dalla stessa struttura penale degli illeciti che violano la libertà personale sotto il profilo dei segreti, che ha fatto affermare ad una certa dottrina che al centro della tutela del disposto costituzionale vi è una sola situazione giuridica soggettiva: la libertà delle comunicazioni materialmente assoggettabili e concretamente assoggettate a vincolo di segretezza<sup>4</sup>. Secondo questa impostazione «la particolare disciplina dell'articolo in esame in tema di libertà trova la sua ragione d'essere nella segretezza, e la segretezza rinviene la sua giustificazione nella libertà». Un vincolo inscindibile tra due aspetti di una medesima situazione soggettiva che si esplica nella «possibilità di un soggetto (il mittente) di esprimere un pensiero e di farlo pervenire – liberamente e senza che i terzi ne possano prendere conoscenza con i normali mezzi a loro disposizione – nella sfera spirituale di un altro soggetto (il destinatario), specificamente individuato ai fini di quella comunicazione con la conseguenza (scaturite appunto da tale “personalizzazione del messaggio”) che il destinatario, né più né meno del mittente, diviene partecipe del diritto della libertà e della segretezza della corrispondenza»<sup>5</sup>.

Se questo è il bene costituzionale oggetto di tutela, le garanzie costituzionali del medesimo che vengono altresì richiamate dalla sentenza che si andrà a commentare trovano radicale appoggio e conforto nel secondo comma dell'art. 15 Cost. che afferma testualmente che la limitazione della libertà e della segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni «può avvenire soltanto con atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

---

<sup>3</sup> G.M. FLICK, *Libertà individuale (delitti contro)*, in *Enc.dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 535.

<sup>4</sup> A. PACE, *Commento all' art. 15*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma 1977, p. 85.

<sup>5</sup> A. PACE, *op. cit.*, p. 86.

Un sistema di garanzie, dunque, che ripercorre quello previsto per la libertà personale, di cui all' art. 13 Cost., e per quella domiciliare, di cui all'art. 14 Cost. ma con una vistosa differenza: la mancata previsione della possibilità di un intervento straordinario in casi di necessità ed urgenza da parte dell'autorità giudiziaria.

Scelta, che troverebbe, secondo la dottrina prevalente, una duplice ratio giustificatrice: la maggiore capacità offensiva delle misure restrittive delle comunicazioni, che incidono sempre ed anche su un altro soggetto, sia esso l'interlocutore telefonico, il mittente o il destinatario di una comunicazione; e in secondo luogo la maggiore facilità con cui una qualsivoglia intercettazione può essere posta in essere dai funzionari e agenti di polizia.

Dando voce a tali principi, in materia di intercettazioni, la Corte Costituzionale, sollecitata nel vivo dalla pervasività dello strumento, nella storica sentenza 34/1973 ha affermato l'esigenza che le compressioni non restino affidate all'organo di polizia, ma si attuino «sotto il diretto controllo del giudice»; rimarcando la decisiva rilevanza di «un'adeguata e specifica motivazione» del provvedimento autorizzativo del giudice, ove si deve stabilire la durata delle intercettazioni e la concreta motivata giustificazione di un'eventuale proroga.

Affermata la tesi che la norma di competenza, di cui al secondo comma, considera esclusivamente l'autorità giudiziaria, e che quindi la materiale restrizione di quella sfera della personalità, che attiene ad un valore esistenziale, come quello espressivo-comunicativo deve necessariamente porsi come "esecutiva" di un provvedimento giurisdizionale, quel che ne consegue – per ciò che attiene l'interpretazione dell'inciso «con le garanzie stabilite dalla legge» – è un rafforzamento della garanzia giurisdizionale.

Si tratta, a ben vedere nell'interpretazione del Giudice delle Leggi, di una riserva di legge assoluta di legge formale, cui spetta, ad esclusione delle fonti di grado inferiore, disciplinare le limitazioni alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione. La riserva di legge posta dall'art. 15 Cost. mirerebbe dunque ad individuare quel "nucleo minimo di garanzie" che attengono all'inviolabilità del diritto, e che forniscono

parametri di validità direttamente applicabili dai giudici, anche in assenza di una disciplina legislativa che regoli specificamente la materia, e ferma restando la libertà del legislatore di stabilire più specifiche norme di attuazione.

In particolare, il Giudice delle Leggi, sempre nella storica sentenza 34/1973, in un «ragionevole contemperamento di due interessi costituzionalmente protetti», «dovendosi soprattutto impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni private venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire un efficace repressione dei reati» individua tali garanzie nel diretto controllo giurisdizionale degli strumenti operativi e tecnico-organizzativi di intercettazione, negli elementi che la motivazione del giudice deve contenere (indispensabilità dell' intercettazione, scopo, durata ed eventuale proroga), nel controllo di legittimità su tale provvedimento, e nelle condizioni di utilizzabilità delle prove, acquisite con le intercettazioni, nel procedimento per il quale sono disposte o in procedimenti diversi.

Risulta, dunque, indubbio che lo strumento dell'intercettazione ambientale mediante "captatore informatico", per sua natura itinerante, in quanto l'attività di captazione segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore (come vedremo nella compiuta analisi della sentenza Scurato), potrebbe evocare quelle ulteriori forme di garanzie, che per l'appunto sarebbero richieste, dalla particolare natura intrusiva dell'agente informatico in questione.

Se, infatti, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 135 del 2002, richiamata nella pronuncia in esame, il riferimento dell'art. 14 della Costituzione, che tutela la inviolabilità del domicilio, a «ispezioni, perquisizioni e sequestri» non può apparire necessariamente espressivo della volontà di tipizzare le limitazioni permesse, escludendo a contrario quelle non espressamente contemplate, occorre, tuttavia, verificare se e in quali termini la suddetta disciplina delle intercettazioni ambientali mediante virus informatico si possa definire compatibile con l'altro valore costituzionale della segretezza delle comunicazioni.

2. *L'art. 8 CEDU e la tutela europea della libertà e segretezza delle comunicazioni.*

Una dimensione di senso, quella inscindibilmente connessa alla libertà delle comunicazioni, che rientra pienamente in quella nozione di "vita privata", che risulta protetta dall'art.8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ampiamente richiamato nel suo contenuto interpretativo fondamentale dalla sentenza "Scurato".

Tale articolo al suo primo comma prevede che «ogni persona ha diritto al rispetto della vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

Ora, secondo la dottrina generale del Tribunale europeo, un'ingerenza statale nel godimento e nell'esercizio di tale diritto, così come specificato, costituisce violazione dell'obbligo di rispettarlo nella misura in cui essa non soddisfi le tre condizioni di legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica, indicate nella "clausola di limitazione", che accompagna l'enunciazione del diritto all' art. 8.2.

Qualsiasi misura che preveda l'inoltro di corrispondenza privata alle autorità pubbliche e conferisca a queste ultime il potere di aprirla, leggerla e conservarne il contenuto trova la sua giustificazione qualora sia conforme al principio di legalità, cioè sia sorretta in ogni momento da un ordine previamente emesso e fondato su una base giuridica accessibile e prevedibile<sup>6</sup>.

Principio di legalità che viene interpretato dalla Corte in maniera più rigorosa e sostanziale in materia di intercettazioni.

Ad avviso della Corte di Strasburgo, infatti, la mera esistenza di una disciplina sulle intercettazioni in grado di creare per tutti i potenziali destinatari una «minaccia di sorveglianza» che pregiudica la libertà di comunicazione tra utenti dei servizi postali e di

---

<sup>6</sup>Corte Edu, sentenza del 20.6.2000, *Foxley c. Regno Unito*: caso in cui l'ordine di inoltro riguardava la corrispondenza di una persona fallita al *Trustee in Bankruptcy*.

telecomunicazione e perciò costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della segretezza delle comunicazioni<sup>7</sup>.

Di conseguenza, pur riconoscendo allo Stato un certo margine di apprezzamento, la Corte esige che il «sistema di sorveglianza» prescelto risponda ad «una serie di garanzie adeguate ed effettive contro gli abusi; e tale valutazione riveste certamente un carattere relativo: dipende da tutte le circostanze del caso, per esempio la natura, l'ampiezza e la durata delle misure, i presupposti, le autorità deputate all'autorizzazione, esecuzione e controllo delle misure di sorveglianza, nonché le vie di ricorso offerte ai singoli dall'ordinamento»<sup>8</sup>.

In materia di intercettazioni, dunque, il principio di legalità si tinge, nell'interpretazione dei giudici europei, di un contenuto rafforzato e sostanziale per cui la legge deve determinare in maniera prevedibile ed accessibile la durata delle misure di intercettazioni, le procedure per l'esame, l'utilizzazione e la conservazione dei dati così raccolti e le precauzioni per scongiurare l'eventuale divulgazione a terzi, i presupposti per la cancellazione o la distruzione delle registrazioni<sup>9</sup>.

Se questi sono gli indispensabili contorni di tutela che sostanziano la libertà e segretezza delle comunicazioni, appare indubbio che strumenti d'indagine penale, approntati dalla convergenza tecnologica, di natura di per sé invasiva, pongono oggi seri dubbi di compatibilità con i sovra descritti principi, laddove per l'appunto le esigenze di accertamento dei reati, seppur tra i più odiosi, si scontrano con l'inevitabile nucleo di garanzia costituzionale del valore della riservatezza, che appare ancor più incompressibile di fronte alla pervasività della cieca ingegneria informatica.

---

<sup>7</sup> Corte Edu, sentenza del 6.9.1978, *Klass e altri c. Germania*, ma anche cfr. sentenza del 24.4.1990, *Kruslin c. Francia* nonché Corte Edu, sentenza de 2.8.1984, *Malone*.

<sup>8</sup> Corte Edu, *Klass e altri c. Germania*.

<sup>9</sup> Corte Edu, sentenza del 24.4.1990, *Kruslin c. Francia*; si veda anche Corte Edu, sentenza del 4 dicembre 2015 *Zakharov c. Russia*, che richiama i tre parametri fondamentali per la legittimità della disciplina interna delle intercettazioni: base giuridica appropriata, finalità legittima e necessità all'interno di una società democratica.

3. *Le Sezioni Unite “Scurato”: l’approdo della giurisprudenza di legittimità in materia di utilizzo di virus tipo “trojan horse” nelle indagini penali.*

L’impianto motivazionale della sentenza “Scurato” emessa dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, in seguito ad ordinanza di remissione della Sezione VI penale, rappresenta certamente un caso emblematico nella ricerca di quel difficile punto di equilibrio tra esigenze di accertamento probatorio e garanzie di legalità sostanziale dei diritti fondamentali che scontano sempre più, come ricordato dagli stessi Ermellini, una tutela “progressiva” nel senso di un loro costante adeguamento all’evoluzione tecnologica.

Essa ha infatti avallato l’utilizzo di virus auto-installanti del tipo c.d. trojan horse che consentono di captare conversazioni fra presenti ex art. 266 c.p.p. attraverso l’attivazione da remoto del microfono in dotazione a dispositivi elettronici mobili (smartphone, tablet e pc) anche nei luoghi di privata dimora ai sensi dell’art. 614 c.p., limitatamente ai procedimenti penali aventi ad oggetto delitti di criminalità organizzata.

L’art. 13 del d.l. n. 152/1991 (convertito in legge, con modificazioni, dalla L. n. 203/1991) deroga infatti alla disciplina codicistica dettata dall’art. 266 c.p.p. in materia di c.d. “intercettazioni ambientali”, consentendo l’intercettazione domiciliare di comunicazioni fra presenti anche se non vi è fondato motivo di ritenere che nei luoghi domiciliari si stia svolgendo attività criminosa.

Al di fuori della disciplina derogatoria dettata dall’art. 13 d.l. 152/1991 in materia di procedimenti penali per delitti di criminalità organizzata, la Suprema Corte ha escluso la possibilità di effettuare intercettazioni ambientali con lo strumento in esame, poiché il dettato codicistico dell’art. 266 comma 2 c.p.p., il quale consente le intercettazioni ambientali in luogo domiciliare solo se vi sia «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo attività criminosa», non ammette deroghe.



3.1. L'interpretazione del combinato disposto dell'art. 266 comma 2 c.p.p. e dell'art. 13 d.l. 152/1991 fornita dalle Sezioni Unite.

La Suprema Corte ha chiarito come la locuzione "intercettazione ambientale", ampiamente utilizzata in giurisprudenza ed in dottrina, non abbia alcun riscontro normativo, nemmeno nell'art. 266 comma 2 c.p.p., che si riferisce all'intercettazione di «comunicazione fra presenti». Il riferimento ai luoghi dell'intercettazione compare esclusivamente, in materia di intercettazioni c.d. ambientali, nella disposizione normativa da ultimo citata, ove si prendono in considerazione i luoghi di privata dimora indicati nell'art. 614 c.p. (abitazione, luoghi di lavoro privati, ecc...).

Le Sezioni unite hanno quindi escluso che il decreto autorizzativo delle intercettazioni debba sempre indicare, a pena di inutilizzabilità, i luoghi in cui avverranno le intercettazioni di comunicazioni fra presenti, la cui indicazione preventiva «è funzionale alla verifica del presupposto del fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa e, quindi, al rispetto della riserva di legge prescritta dall'art. 14 Cost.»<sup>10</sup>.

Le Sezioni Unite non hanno quindi condiviso l'opzione ermeneutica dell'art. 266 comma 2 c.p.p. adottata in un precedente orientamento della Suprema Corte, nel quale si era affermato l'obbligo generalizzato di indicazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione di comunicazioni fra presenti nel decreto autorizzativo dell'intercettazione. Tale orientamento da ultimo citato era invero isolato, in quanto già in precedenti pronunce la Suprema Corte aveva escluso che il decreto di autorizzazione delle intercettazioni dovesse sempre indicare i luoghi in cui espletare l'attività di indagine captativa, anche cioè nel caso di procedimenti per delitti di criminalità organizzata<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> G. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>11</sup> Cass. pen., Sez. VI, Sent. 26 giugno 2015 (26 maggio 2015), n. 27100, Pres. Milo, Rel. Di Salvo, Ric. Musumeci, *contra* Cass. pen. Sez. VI, Sent., 5 giugno 2015 (12 marzo 2015), n. 24237, Pres. Ippolito, Rel. Di Slavo. Anche G. TRIMBOLI e A. MILICIA, *Il grande fratello vi ascolta: ossia il sistema trojan horse nelle*

La Suprema Corte ha quindi statuito che l'indicazione del luogo in cui effettuare attività di captazione delle comunicazioni fra presenti non è presupposto di validità del decreto di autorizzazione, poiché tale indicazione non è richiesta dal tenore letterale degli artt. 266 comma 2 c.p.p., 14 e 15 Cost., né dall'art. 8 Cedu, né dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>12</sup>.

L'indicazione del luogo in cui effettuare la captazione è quindi richiesta esclusivamente nel caso di intercettazioni in luoghi di privata dimora, al fine di palesare i motivi in base ai quali il giudice ritiene che «ivi si stia svolgendo attività criminosa», ma non nei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata, in relazione ai quali la disciplina di cui all'art. 13 d.l. 152/1991 consente di prescindere da tale indicazione, poiché costituisce regime derogatorio all'art. 266 comma 2 c.p.p. e quindi non impone il requisito della consumazione dell'attività criminosa nel luogo di privata dimora quale presupposto legittimante l'intercettazione c.d. ambientale nei predetti luoghi<sup>13</sup>.

In sintesi, la disciplina delle intercettazioni c.d. ambientali che scaturisce dall'art. 266 c.p.p., così come interpretato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza "Scurato", impone che debba escludersi la possibilità di intercettazioni nei luoghi di privata dimora, a mezzo di captatore informatico, al di fuori della disciplina derogatoria per i procedimenti aventi ad oggetto delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. 152/1991, in relazione ai quali è ammissibile l'intercettazione tramite virus tipo *trojan* inoculato in dispositivi elettronici mobili anche senza previa indicazione, nel decreto autorizzativo dell'intercettazione, dei luoghi in cui effettuare la captazione di comunicazioni fra presenti<sup>14</sup>.

---

*intercettazioni fra presenti e non solo: brevi riflessioni alla luce delle S.U. n. 15 del 2016*, in *Studi in memoria del processo accusatorio*, a cura dell'Unione Camere Penali Italiane, Reggio Calabria, 2016, p. 114 e ss.

<sup>12</sup> Cass. pen., S.S.U.U., cit., *sub par.* 5.

<sup>13</sup> A. MONTAGNA, «Intercettazioni ambientali tramite virus negli smartphone: la decisione delle Sezioni Unite», *Quotidiano Giuridico*, 4 luglio 2016, pp. 3-4.

<sup>14</sup> E. Pio, «Intercettazioni a mezzo captatore informatico: applicazioni pratiche e spunti di riflessione alla luce della recente decisione delle Sezioni Unite», in *Parola alla difesa*, 1, Pisa, 2016, pag. 160.

Invece, nei procedimenti “ordinari”, che esulano cioè dall’ambito applicativo dell’art. 13 d.l. 152/1991, l’intercettazione di comunicazioni fra presenti a mezzo virus installato su un dispositivo elettronico mobile non è consentita, in quanto non sarebbe possibile prevedere e predeterminare i luoghi ove avverrà la captazione delle comunicazioni. Per opera del predetto virus, infatti, il giudice che autorizzasse l’intercettazione consentirebbe un’intercettazione ambientale itinerante, disposta “al buio”, che potrebbe avvenire anche nei luoghi di privata dimora senza che sia stato esplicitato il «fondato motivo per cui si ritiene che ivi si stia svolgendo attività criminosa» e dunque in aperta violazione del presupposto della consumazione in loco del reato, imposto dall’art. 266 comma 2 c.p.p.<sup>15</sup>

### 3.2. La nozione di “criminalità organizzata” adottata dalle Sezioni Unite.

Precisato l’ambito legittimo di utilizzazione dei virus tipo *trojan* nelle indagini preliminari, che - come sopra esposto - possono essere legittimamente utilizzati solo in procedimenti aventi ad oggetto delitti di criminalità organizzata, le Sezioni Unite hanno definito la nozione di “criminalità organizzata”, dettandone, come appresso meglio si esporrà, una definizione dai confini molto estesi<sup>16</sup>.

Sul punto le Sezioni Unite “Scurato” hanno infatti confermato un precedente orientamento della Suprema Corte, che ha definito il procedimento per delitti di criminalità organizzata come «qualsiasi procedimento che abbia ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati»<sup>17</sup>.

Le Sezioni Unite ampliano la definizione di procedimento per “criminalità organizzata” oltre i confini tracciati analiticamente dagli artt. 51 comma 3 bis e 407 comma 2 lett. a) c.p.p.,

---

<sup>15</sup> Cass. pen. S.S.U.U., cit., *sub* par. 6.

<sup>16</sup> Cass. pen. S.S.U.U., cit., *sub* par. 12.

<sup>17</sup> Cass. pen. S.S.U.U., cit., *sub* par. 14, conforme a Cass. pen. S.S.U.U., Sent., 15 luglio 2010, n. 37501, ric. Donadio.

definendo, in ossequio anche alle definizioni fornite da fonti normative sovranazionali, quali reati di criminalità organizzata «non solo quelli elencati nell'art. 51 c.p.p., commi 3 bis e 3 quater, 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 reato»<sup>18</sup>.

La nozione di "criminalità organizzata" adottata dalle Sezioni Unite "Scurato", se da un lato ha il pregio di tentare di dettare una definizione precisa e tassativa del relativo concetto, dall'altro non fornisce una risposta adeguata alla impellente necessità di tracciare un perimetro certo dell'ambito applicativo delle intercettazioni tramite virus tipo *trojan* nei luoghi di privata dimora, atteso l'elevato grado di insidiosità intrusiva nella vita privata delle persone di tale mezzo di ricerca della prova e le incertezze applicative, come appresso meglio si dirà, scaturenti da una definizione così generica di "criminalità organizzata"<sup>19</sup>.

E' infatti palese come una nozione così indeterminata di "criminalità organizzata", la cui estensione costituisce il perimetro applicativo dei virus tipo *trojan*, possa attagliarsi anche a sodalizi caratterizzati da una struttura organizzativa "rudimentale" e finalizzati alla commissione di reati-fine di natura bagatellare («attività criminose più diverse...»), finendo così per ampliare a dismisura il ricorso all'utilizzo di un'intercettazione di così «formidabile invadenza» anche a fattispecie poco offensive: come è stato correttamente osservato, infatti, «l'impiego di tali mezzi di intrusione informatica viene legittimato in sede giurisprudenziale attraverso interpretazioni estensive in una materia governata da un rigido principio di tassatività»<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass. pen. S.S.U.U., cit., *sub par.* 16, in adesione alla decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 24/10/2008.

<sup>19</sup> *infra*, *sub par.* 4.

<sup>20</sup> *Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici c.d. 'Trojan': un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani*, 7 ottobre 2016, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

La nozione di criminalità organizzata adottata dalle Sezioni Unite “Scurato” non può quindi costituire un argine certo ad un utilizzo disinvolto dei virus *trojan* in sede di indagini preliminari.

**3.3.** Il rispetto della riserva di legge alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: la c.d. *quality of law*.

Uno dei presupposti della sentenza in commento è che «l’indicazione di uno specifico luogo [...] non risulta inserita né nell’art. 266 comma 2 c.p.p. [...] né nella giurisprudenza della Corte Edu secondo cui le 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»<sup>21</sup>.

Se è pur vero, come oggetto di ricognizione da parte delle Sezioni Unite “Scurato”, che la giurisprudenza della Corte Edu non richiede l’indicazione del luogo fra i presupposti autorizzativi delle intercettazioni e che l’art. 8 Cedu non è ostativo all’utilizzo di captatori a mezzo di dispositivi elettronici, è pure altrettanto vero che la Corte di Strasburgo richiede che la disciplina nazionale sia rispettosa di un principio di legalità, cui fa riferimento la riserva di legge contenuta nell’art. 8 par. 2 Cedu, inteso in senso “forte” dai Giudici di Strasburgo e non solo come astratta previsione legislativa.

La giurisprudenza della Corte Edu in materia di intercettazioni richiede, infatti, come già previamente esposto, fra i requisiti che deve possedere la legge nazionale per essere

---

<sup>21</sup> Cass. pen. S.S.U.U., cit., *sub* par. 5.

rispettosa del dettato di cui all'art. 8 par. 2 Cedu, la c.d. *quality of law*, ovverosia che la legge interna - oltre a prevedere formalmente, quale mezzo di ricerca della prova, l'intercettazione di comunicazioni - sia compatibile con lo stato di diritto, sia accessibile all'interessato [...] e che sia in grado di consentire alla persona intercettata di prevedere (*to foresee*) le conseguenze sulla propria posizione giuridica alla luce della normativa interna<sup>22</sup>.

La costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo interpreta cioè la riserva di legge posta a tutela della "vita privata", di cui all'art. 8 par. 2 Cedu, in senso "forte", ritenendo cioè non sufficiente la mera previsione da parte della legge interna (*domestic law*) della possibilità di procedere ad intercettazione di comunicazioni, ma imponendo altresì che la disciplina interna in materia sia così precisa da essere "accessibile" e "prevedibile", nel suo ambito applicativo, da parte dei cittadini.

Del resto, solo interpretando come sopra il principio di legalità dettato dall'art. 8 par. 2 Cedu, si può attribuire compiuta sostanza anche alla riserva di legge posta dagli artt. 14 e 15 Cost., la quale - in presenza di una legislazione prettamente formale ed indeterminata - vedrebbe elusa la propria ragion d'essere e la propria funzione di garanzia.

Possiamo affermare che l'attuale disciplina in materia di intercettazioni di comunicazioni fra presenti a mezzo virus *trojan*, così come delineata dalle Sezioni Unite "Scurato", sia accessibile e prevedibile per il cittadino, cioè che sia una *quality law* alla stregua dei requisiti adottati dalla Corte Edu?

---

<sup>22</sup> *ex multis*, Corte Edu, IV sezione, *Kennedy v. United Kingdom*, IV Sezione, 18/5/2010, pagg. 45 e ss., Corte Edu, IV Sezione, *Iordachi and others v. Moldova*, 10/2/2009, pag. 15, Corte Edu, Grand Chambre, *Bykov v. Russia*, 10/3/2009, pag. 17.

#### 4. *Riflessioni conclusive.*

La risposta al quesito posto non può che essere negativa, per molteplici motivi.

Innanzitutto balzano all'attenzione dell'interprete gli oscillamenti giurisprudenziali in materia di requisiti del decreto autorizzativo dell'intercettazione c.d. ambientale: da un iniziale orientamento che non richiedeva l'indicazione del luogo, quantomeno per i procedimenti di criminalità organizzata, si è giunti all'orientamento espresso dalla sentenza "Musumeci", che imponeva invece la specifica predeterminazione dei luoghi in cui effettuare le intercettazioni pena l'inutilizzabilità degli elementi probatori raccolti, sino a giungere all'approdo giurisprudenziale tracciato dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento, adesiva al primo orientamento della Suprema Corte<sup>23</sup>.

Inoltre, la definizione di "criminalità organizzata" dettata dalle Sezioni Unite - da cui dipende l'ambito di utilizzo nelle indagini dei virus *trojan* - non è in grado di soddisfare il principio di determinatezza in materia, propedeutico alla prevedibilità ed accessibilità della disciplina da parte del cittadino, poiché non è in grado di indicare con certezza quale sia il perimetro applicativo delle intercettazioni tramite virus *trojan*. L'ampiezza della definizione di "criminalità organizzata" fornita dalla Suprema Corte, infatti, ben può attagliarsi, come sopra esposto, a fattispecie eterogenee e caratterizzate da lieve offensività<sup>24</sup>.

Si consideri inoltre che le garanzie procedurali apprestate dall'ordinamento italiano, in punto di corretta qualificazione del fatto, sono deboli, non essendovi rimedi per la difesa per prevenire tali abusi in sede di provvisoria incolpazione durante le indagini preliminari,

---

<sup>23</sup> *supra*, sub nota 3.

<sup>24</sup> L'appello di alcuni docenti di diritto italiani che denunciano l'utilizzo di "un'interpretazione estensiva" delle Sezioni Unite "Scurato" e chiedono l'intervento del legislatore, *op. cit.*

facilitati dalla nozione indeterminata di “criminalità organizzata” fatta propria dalle Sezioni Unite “Scurato”<sup>25</sup>.

La possibilità, sancita dalla sentenza in commento, di utilizzare il captatore informatico anche in relazione ad indagini aventi ad oggetto fattispecie associative di lieve offensività, crea delle tensioni anche sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità tra «il pubblico interesse alla repressione dei reati e la tutela della segretezza delle comunicazioni», dando luogo, come è stato acutamente osservato, ad un’inammissibile «intercettazione in bianco» di dubbia costituzionalità<sup>26</sup>.

L’attuale panorama normativo e giurisprudenziale interno, alla luce delle Sezioni Unite “Scurato”, in conclusione, non può che essere considerato lesivo dell’art. 8 par. 2 Cedu, sotto il profilo dell’assenza dei requisiti propri della *quality law* nella disciplina interna, perché essa - al momento - è imprevedibile ed inaccessibile al cittadino, il quale non può sapere a quali condizioni potrà essere oggetto di intercettazione tramite virus *trojan* con il rischio che venga irrimediabilmente leso il suo diritto fondamentale alla libertà e segretezza delle comunicazioni.

Al legislatore l’arduo compito di porre rimedio al difetto di determinatezza dell’ambito applicativo dei “virus di Stato” e di stabilire il necessario punto di bilanciamento tra esigenze probatorie e di accertamento dei reati e le fondamentali garanzie costituzionali così come rafforzate dall’interpretazione dei giudici di Strasburgo e poste a presidio di un alto valore personalistico, quale quello connesso alla sfera di riservatezza delle comunicazioni.

---

<sup>25</sup> A. TRIMBOLI e G. MILICIA, *op. cit.*, p. 116 e ss.; anche E. PIO, *op. cit.*, p. 163, il quale si chiede se non sia giusto estendere l’intercettazione a mezzo virus “trojan” anche a determinate gravi fattispecie anche se non “associative”.

<sup>26</sup> L. FILIPPI, «L’intercettazione itinerante. una prova incostituzionale», in *Quotidiano giuridico*, 13 luglio 2016.