

Penale Sent. Sez. U Num. 26889 Anno 2016

Presidente: CANZIO GIOVANNI

Relatore: ROMIS VINCENZO

Data Udiienza: 28/04/2016

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Scurato Ludovico, nato a Palermo l'8/03/1987

avverso l'ordinanza del 08/01/2016 del Tribunale di Palermo

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal componente Vincenzo Romis;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Agnello Rossi, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

uditi i difensori, avv.ti Antonio Turrisi e Maurizio Di Marco, che hanno concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.



RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza in data 8 gennaio 2016, il Tribunale di Palermo, in funzione di giudice del riesame, ha confermato il provvedimento con cui il G.i.p. aveva applicato la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di Ludovico Scurato in relazione alla partecipazione all'associazione di tipo mafioso denominata «cosa nostra» (capo a) e ad un episodio di tentativo di estorsione aggravata.

I giudici del riesame hanno ritenuto sussistenti i gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato sulla base di una serie di intercettazioni, anche ambientali, e delle dichiarazioni accusatorie di due collaboratori di giustizia, Francesco Chiarello e Danilo Gravagna, dalle quali era emerso che l'indagato, molto vicino a Paolo Calcagno – divenuto reggente del mandamento di Porta Nuova dopo l'arresto di Tommaso Lo Presti – si occupava della gestione delle estorsioni e del traffico di stupefacenti, spesso facendo da intermediario tra lo stesso Calcagno e Teresa Marino, moglie del Lo Presti.

Per quanto riguarda l'altro reato, il Tribunale, dopo avere dichiarato l'inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate mediante apparecchio *body phone*, perché in uso a persona diversa rispetto a quella indicata nel decreto, ha tuttavia ritenuto sussistenti gli elementi indiziari in merito al concorso dello Scurato nell'estorsione gestita dal coindagato Francesco Paolo Grances, giudicato separatamente.

2. Il difensore ha proposto ricorso per cassazione, deducendo le censure di seguito sintetizzate.

L'ordinanza impugnata viene innanzitutto censurata per vizio di motivazione ed erronea applicazione dell'art. 273 cod. proc. pen. con riferimento alla ritenuta sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato associativo, desunti unicamente in base ai risultati delle intercettazioni telefoniche e ambientali, che, peraltro, non risulterebbero suffragati dalle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia.

Inoltre, viene dedotta l'illegittimità del decreto n. 315/14, con cui il G.i.p. ha autorizzato «le operazioni di intercettazione di tipo ambientale tra presenti che avverranno nei luoghi in cui si trova il dispositivo elettronico in uso a Lo Presti Tommaso», nonché l'inutilizzabilità dei risultati relativi a tali captazioni per violazione degli artt. 15 Cost., 8 CEDU, 266, comma 2, e 271 cod. proc. pen. In particolare, il ricorrente dopo aver premesso che l'intercettazione è avvenuta per mezzo di un "virus auto-installante" attivato su un apparecchio elettronico portatile in uso a Tommaso Lo Presti, ovunque lo stesso si trovasse, ha rilevato

Mano

come nella specie sia stato eluso il divieto posto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. di effettuare intercettazioni all'interno di abitazioni private, a meno che all'interno di esse non si stia svolgendo un'attività criminosa, dal momento che la captazione di conversazioni sarebbe avvenuta anche all'interno dell'abitazione di Teresa Marino, coniuge di Tommaso Lo Presti. A questo proposito, nel ricorso si sottolinea come lo stesso G.i.p. avesse respinto un'ulteriore richiesta di autorizzazione alla ripresa audio-video all'interno dell'abitazione di Lo Presti, ritenendola non consentita.

Sotto un diverso profilo, l'intercettazione del dispositivo elettronico portatile sarebbe stata autorizzata in violazione degli artt. 15 Cost. e 8 CEDU in quanto non risulta siano stati indicati i luoghi in cui tale captazione doveva essere effettuata, aggirando, anche in questo caso, i limiti posti dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., che non legittima forme di intercettazioni in grado di seguire il soggetto "ovunque si sposti", con la conseguente inutilizzabilità dei relativi risultati, richiamando una recente sentenza della Cassazione (Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015, Musumeci), 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 i luoghi in cui eseguire tale attività captativa.

Nel caso di specie, il decreto n. 315/2014, oggetto delle censure da parte del ricorrente, è stato disposto nell'ambito del diverso procedimento n. 762/2012 a carico di Alessandro D'Ambrogio ed altri, sospettati di appartenenza a «cosa nostra», in particolare alla famiglia mafiosa del Borgo Vecchio, e riguarda l'intercettazione di un dispositivo elettronico non meglio specificato – comunque riferibile ad un *personal computer*, ovvero ad un *tablet* o ad uno *smartphone* – in uso a Tommaso Lo Presti, personaggio ritenuto ai vertici dell'organizzazione dopo l'arresto di Alessandro D'Ambrogio; dal provvedimento risulta che sono state autorizzate «operazioni di intercettazione di tipo ambientale delle conversazioni tra presenti che avverranno nei luoghi in cui si trova il dispositivo elettronico in uso a Lo Presti Tommaso» e nella parte motiva viene precisato che si intende intercettare non il flusso telematico – peraltro già sottoposto a controllo – bensì le conversazioni tra Lo Presti e gli eventuali altri soggetti presenti nel luogo in cui sia «ubicato in quel momento l'apparecchio portatile». Più precisamente, attraverso l'istallazione da remoto di un captatore informatico, ossia di un *software* collocato all'interno del dispositivo elettronico, è stata autorizzata una vera e propria intercettazione ambientale attraverso il controllo occulto del microfono che si trasforma in una "cimice informatica".



Nessuna indicazione specifica è stata fatta con riguardo ai luoghi – ad eccezione dell’abitazione privata di Lo Presti per respingere la richiesta di video riprese, non effettuabili nel domicilio – ma solo un riferimento generico ai luoghi in cui si sarebbe trovato il dispositivo elettronico.

Ad avviso del ricorrente, dunque, in base alla citata sentenza n. 27100 del 2015, la mancanza di ogni indicazione circa i luoghi interessati dall’intercettazione – o, meglio, la mancanza di limitazioni spaziali alle captazioni ambientali – determinerebbe l’illegittimità del decreto autorizzativo e la conseguente inutilizzabilità delle conversazioni captate.

Sotto un ulteriore aspetto, con il ricorso viene denunciato un vizio di motivazione con riferimento al riconosciuto ruolo di intermediario dello Scurato tra Agata Scarpisi e Tommaso Lo Presti, desunto da alcune intercettazioni telefoniche che però sarebbero del tutto inidonee a giustificare la ricostruzione contenuta nell’ordinanza.

In relazione alle dichiarazioni rese dai due collaboratori Francesco Chiarello e Danilo Gravagna, il ricorrente rileva la mancanza di elementi da cui desumere l’intranellità dello Scurato nell’associazione mafiosa.

Di natura neutra sarebbero anche le altre intercettazioni, non in grado di giustificare la ritenuta sussistenza di gravi indizi in ordine alla partecipazione all’associazione, ma semmai di consentire di ipotizzare il meno grave reato di favoreggiamento personale.

Con riferimento al reato di tentata estorsione aggravata, si contesta la motivazione dell’ordinanza che ha riconosciuto la sussistenza dei gravi indizi in ordine alla partecipazione dello Scurato solo per aver accompagnato Francesco Paolo Grances in una trattativa riguardante il pagamento del “pizzo”.

3. La Sesta Sezione penale ha ritenuto di rilevanza prioritaria la questione posta nel ricorso, riguardante la legittimità delle intercettazioni disposte attraverso l’installazione di virus informatici attivati su *computer* o *smartphone* e i limiti di utilizzabilità di tali modalità di captazione, e, ritenendo non condivisibili le argomentazioni svolte nella citata sentenza n. 27100/2015, dal ricorrente posta a sostegno della propria doglianza, ha rimesso alle Sezioni Unite il ricorso, svolgendo le seguenti considerazioni.

3.1. Preliminarmente è stato sottolineato che, con riferimento alla tecnica dell’agente intrusore, la pretesa di indicare con precisione e 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, sia esso *smartphone* o *tablet* ovvero

computer portatile, sicché l'attività di captazione segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore.

Occorre quindi accertare se la disciplina sulle intercettazioni consente di poter prescindere dall'indicazione del luogo ovvero se, come ritenuto dalla sentenza evocata dal ricorrente, l'omessa indicazione determina l'illegittimità del decreto o quanto meno l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione.

3.2. Questo tipo di intercettazione, nonostante le peculiari caratteristiche tecniche, può essere ricompreso nell'ambito delle intercettazioni c.d. "ambientali", sicché, riconosciuta la collocabilità di tali tecniche nell'ambito della disciplina dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., per l'intercettazione tra presenti il riferimento al luogo acquista rilievo solo quando l'operazione di captazione deve avvenire in abitazioni o luoghi privati (Sez. 6, n. 3541 del 05/11/1999, Bembi; Sez. 1, n. 11506 del 25/02/2009, Molè), per i quali l'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. consente la captazione (in ambiente) solo se vi è fondato motivo di ritenere che sia in atto un'attività criminosa.

Peraltro, la giurisprudenza considera legittime le intercettazioni tra presenti, nei casi in cui, nel corso dell'esecuzione delle operazioni, intervenga una variazione dei luoghi in cui l'attività di captazione deve svolgersi: in tali ipotesi l'utilizzabilità delle conversazioni captate viene giustificata purché il luogo "diverso" rientri nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata (così: Sez. 6, n. 15396 del 11/12/2007, Sitzia; Sez. 5, n. 5956 del 06/10/2011, Ciancitto; Sez. 2, n. 4178 del 15/12/2010, Fontana; Sez. 2, n. 17894 del 08/04/2014, Alvaro).

3.3. Sebbene debba riconoscersi la formidabile invadenza di questo genere di intercettazioni, occorre considerare che il principio secondo cui il decreto deve individuare con precisione i luoghi in cui dovrà essere eseguita l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti, non solo non è desumibile dalla legge, ma non risulta essere stato mai affermato dalla giurisprudenza e, inoltre, non sembra costituire un requisito significativo funzionale alla tutela dei diritti in gioco (artt. 14, 15 Cost. e 8 CEDU), dal momento che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo non ne fa menzione.

3.4. Il problema delle intercettazioni per mezzo del c.d. "captatore informatico" riguarderebbe dunque esclusivamente il domicilio e i luoghi di privata dimora considerati dall'art. 614 cod. pen., oggetto di espresso richiamo nell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., in quanto una volta installato il "virus informatico", la captazione audio avviene seguendo indistintamente tutti gli spostamenti del possessore del dispositivo elettronico.

In questi casi, se si ammette la possibilità di utilizzare l'intercettazione per "virus informatico", in mancanza della possibilità concreta di sospensione o

interruzione della registrazione, il controllo non potrà che essere successivo e riguardare il regime dell'inutilizzabilità delle conversazioni captate in uno dei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen. La fase dello stralcio di cui all'art. 268, comma 6, cod. proc. pen., potrebbe costituire il primo momento in cui verificare che le intercettazioni non abbiano riguardato colloqui effettuati nel domicilio: il giudice, d'ufficio ovvero su indicazione delle parti, dovrebbe immediatamente stralciare le registrazioni delle conversazioni avvenute nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen., trattandosi di intercettazione non consentita e quindi inutilizzabile; inoltre, al di fuori di questa fase sarebbe sempre possibile eccepire l'inutilizzabilità delle conversazioni intercettate in un luogo privato.

3.5. I maggiori problemi riguardano indubbiamente l'uso delle intercettazioni con "virus informatico" nel procedimento *de libertate*, soprattutto considerando che il giudice può pronunciarsi, sulla misura cautelare richiesta, in base al solo brogliaccio. In questa ipotesi è difficile che dal brogliaccio emerga che un'intercettazione è avvenuta in un luogo privato, sicché diventa fondamentale che la difesa sia messa in condizione di poter contraddire sul punto: a questi fini appare rilevante la sentenza n. 36 del 2008 della Corte costituzionale che, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 268 cod. proc. pen., ha consentito che dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni intercettate e utilizzate ai fini dell'adozione della misura, anche se non depositate.

3.6. La Sesta Sezione ha poi sottolineato che in presenza di intercettazioni relative a procedimenti di criminalità organizzata, l'indicazione del luogo risulterebbe ancor più irrilevante, anche in rapporto all'utilizzo della tecnica del "virus informatico". In questi casi, gli aspetti problematici delle intercettazioni per agente intrusore nemmeno si porrebbero, dal momento che le captazioni delle conversazioni nei luoghi di privata dimora non sono soggette ad alcuna disciplina in deroga rispetto agli altri luoghi. E ha dunque ravvisato l'opportunità di investire le Sezioni Unite, avuto riguardo alla rilevanza della materia e per evitare potenziali contrasti di giurisprudenza, tenuto conto della ormai diffusa utilizzazione delle tecniche di intercettazione con il c.d. agente intrusore.

4. Con decreto del 7 aprile 2016, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso in esame alle Sezioni Unite penali, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerale ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen.

5. E' stata depositata in data 20 aprile 2016 memoria della Procura generale con argomentate formulazioni e richiami di giurisprudenza nazionale ed europea,

nonché cenni di diritto comparato, per dar conto del parere conclusivamente espresso, in ordine al quesito al vaglio delle Sezioni Unite, che può così sintetizzarsi: illegittimità di intercettazione effettuata attraverso l'installazione in congegni elettronici di un "virus informatico", tranne che per i procedimenti per reati di criminalità organizzata.

Sono stati altresì depositati in data 22 aprile 2016 dall'avvocato Turrisi - nominato dallo Scurato quale secondo difensore per il giudizio di legittimità - motivi nuovi e memoria difensiva, con argomentazioni caratterizzate da richiami di giurisprudenza e dottrina a sostegno della tesi seguita dalla Sesta Sezione con la sentenza n. 27100 del 2015 e contrastata con l'ordinanza di rimessione, osservando che l'opzione interpretativa privilegiata dall'ordinanza di rimessione comporterebbe una non consentita applicazione analogica o estensiva *in malam partem* dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen.

Ha infine depositato in data 26 aprile 2016 memoria difensiva anche l'avv. Di Marco, ribadendo gli argomenti a sostegno della tesi sostenuta con la sentenza Musumeci, ed ipotizzando ulteriori profili di asserita illegittimità delle intercettazioni, perché, pur dopo l'arresto del soggetto nei cui confronti erano state autorizzate le intercettazioni, la Procura aveva continuato "ad autorizzare le intercettazioni in capo a soggetti che non avevano attinenza con il procedimento per cui era stato autorizzato per la prima volta tale decreto".

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione rimessa al vaglio delle Sezioni Unite può sintetizzarsi come segue:

"Se - anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa - sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un 'captatore informatico' in dispositivi elettronici portatili (ad es., personal computer, tablet, smartphone, ecc.)".

2. Riguardo al tema in oggetto, prima di affrontare la questione nelle sue problematiche di natura strettamente giuridica, appare opportuno porre l'attenzione sulle caratteristiche tecniche ed informatiche del mezzo investigativo in argomento.

Le intercettazioni vengono effettuate mediante un *software*, del tipo definito simbolicamente *trojan horse*, che è chiamato, nelle prime sentenze che si sono confrontate con esso, "captatore informatico" (Sez. 5, n. 16556 del 14/10/2009,

dep. 2010, Virruso, Rv. 246954) o "agente intrusore" (Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015, Musumeci, Rv. 265654).

Tale programma informatico, viene installato in un dispositivo del tipo *target* (un *computer*, un *tablet* o uno *smartphone*), di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo del suo invio con una *mail*, un *sms* o un'applicazione di aggiornamento. Il *software* è costituito da due moduli principali: il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo che il virus usa per controllare detto dispositivo.

Uno strumento tecnologico di questo tipo consente lo svolgimento di varie attività e precisamente:

- di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia *web mail*, che *out look*);
- di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi;
- di mettere in funzione la *web camera*, permettendo di carpire le immagini;
- di perquisire lo *hard disk* e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira;
- di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*);
- di sfuggire agli antivirus in commercio.

I dati raccolti sono trasmessi, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.

Il sistema descritto, come è agevolmente comprensibile, è molto utile per lo svolgimento delle indagini per le quali apre notevoli prospettive.

In questo momento storico, la comunicazione a distanza frequentemente si svolge per mezzo di strumenti informatici, più economici e con maggiori potenzialità rispetto alla rete telefonica.

Utilizzando il programma informatico sopra descritto - inoculato su un telefono cellulare, un *tablet* o un PC portatile - è possibile, come detto, anche cogliere i 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 della sua vita: questa sorveglianza si estende, necessariamente, ai soggetti che stanno vicino alla persona intercettata.

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

Il mezzo tecnologico in esame, pertanto, impone un difficile bilanciamento delle esigenze investigative, 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. Al riguardo, è stato affermato in dottrina che «i diritti fondamentali sono oggetto di tutela "progressiva" non solo nel senso di un loro opportuno adeguamento all'evoluzione tecnologica e alle sfide del tempo, ma altresì per il fatto di trovarsi in rapporto di costante tensione con l'esigenza — anch'essa di rango costituzionale — di un efficace perseguimento dei reati».

2.1. Appare opportuno, per completezza di esposizione, richiamare talune iniziative parlamentari finalizzate ad introdurre una normativa *ad hoc* che disciplini specificamente l'utilizzo nelle indagini penali di un *software* del tipo definito simbolicamente *trojan horse*: "captatore informatico" o "agente intrusore".

Si tratta di proposte di legge che trovano fondamento nei contributi dottrinali che si sono confrontati con le prime applicazioni del particolare strumento tecnologico in argomento e che, in modo sostanzialmente concorde, auspicano l'intervento di una specifica normativa che disciplini i "casi" ed i "modi" dell'azione investigativa per mezzo di programmi informatici inoculati da remoto, considerando i canoni di proporzionalità e di necessità dell'ingerenza pubblica nella vita privata nonché quello della ragionevolezza di tale intrusione.

2.2. Nel corso dei lavori parlamentari per la conversione del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale", convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, era stata proposta una modifica dell'art. 266-*bis* cod. proc. pen., inserendo le parole «anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico».

Successivamente, era stato presentato un emendamento che mirava a circoscrivere l'area operativa del nuovo strumento alle indagini per i delitti di cui agli artt. 270-*bis*, 270-*ter*, 270-*quater* e 270-*quinquies* del codice penale commessi con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-*sexies*.



Queste proposte non sono state approvate, in sede di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 7 del 2015 ad opera della legge n. 43 del 2015.

2.3. Successivamente, in data 2 dicembre 2015, è stata depositata la proposta di legge C. 3470, intitolata "Modifica all'articolo 266-*bis* del codice di procedura penale, in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche".

Intendendo garantire l'adeguamento tecnologico del sistema delle intercettazioni, mediante l'utilizzo dei programmi informatici che consentano l'accesso ai *computer* da remoto, per acquisire dati presenti in un sistema informatico ritenuti utili alle indagini connesse al perseguimento di reati con finalità terroristiche, si propone di aggiungere all'art. 266-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., le seguenti parole: «anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico».

2.4. In data 20 aprile 2016 è stata depositata la proposta di legge C. 3762, intitolata «Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici».

La relazione di accompagnamento, dopo aver definito "captatore legale" il programma informatico da utilizzare nelle indagini, illustra, sul piano metodologico, le varie attività che il programma informatico consente, le quali sono distinte e ricondotte all'istituto tipico al quale sono più assimilabili.

In particolare, l'art. 1 prevede la possibilità di procedere, tramite captatori legali, a perquisizioni a distanza, nei soli casi in cui si procede per i reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, 3-*quater* e 3-*quinqies*, cod. proc. pen., all'art. 407, comma 2, cod. proc. pen. e ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. L'art. 2 disciplina il sequestro da remoto dei dati «diversi da quelli relativi al traffico telefonico o telematico», limitatamente ai reati dapprima indicati. L'art. 3 modifica l'art. 266-*bis* cod. proc. pen., disciplinando l'uso dei captatori legali per compiere l'intercettazione di flussi di dati e per la localizzazione geografica del dispositivo. L'art. 4 prevede il carattere residuale e sussidiario dei nuovi mezzi investigativi. L'art. 5 modifica l'art. 268 cod. proc. pen., statuendo che i dati informatici acquisiti siano conservati con modalità tali da assicurare l'integrità e l'immodificabilità dei dati raccolti e la loro conformità all'originale. L'art. 6 aggiunge il nuovo art. 89-*bis* al d.lgs. n. 271 del 1989 indicando i contenuti del decreto ministeriale sulle caratteristiche tecniche dei

captatori. L'art. 7 modifica l'art. 226 d.lgs. n. 271 del 1989 adeguando la disciplina delle intercettazioni preventive al nuovo strumento di captazione.

3. Così delineate le caratteristiche tecniche dello strumento di intercettazione in argomento, appare evidente che, quanto alla "qualificazione giuridica" dell'attività d'indagine con esso svolta, non può che farsi riferimento alle intercettazioni c.d. "ambientali": il che trova significativa conferma nel fatto che, sia la sentenza Musumeci (invocata dal ricorrente a fondamento delle doglianze dedotte), sia l'ordinanza di rimessione, pur difformi in punto di limiti ed ambito di operatività dell'intercettazione, e di utilizzabilità degli esiti dell'attività di captazione, convergono nell'inquadrare detta attività investigativa, appunto, nella cornice dell'intercettazione ambientale

Ne deriva che i parametri normativi – nonché i criteri interpretativi e le "linee-guida" elaborati dalla giurisprudenza – da tener presenti, nel procedere al vaglio della questione rimessa alle Sezioni Unite, non possono che essere quelli che a tale tipo di intercettazione si riferiscono.

Di tal che, i riferimenti normativi procedurali di interesse vanno individuati essenzialmente negli artt. 266, 267 e 271 cod. proc. pen., nonché - tenuto conto che allo Scurato è stato contestato un reato di criminalità organizzata – nell'art. 13 del decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito dalla legge n. 252 del 1991); tali disposizioni – avuto riguardo alle modalità della captazione *de qua* – vanno confrontate anche con le norme di rango costituzionale e sovranazionale in tema di tutela dei diritti fondamentali della persona quali la libertà di comunicazione ed il diritto alla riservatezza.

In particolare, l'analisi da svolgere deve riguardare la valenza da attribuire all'individuazione – e conseguentemente all'indicazione nel provvedimento che autorizza l'attività investigativa in oggetto – del "luogo" nel cui ambito deve essere svolta la "intercettazione di comunicazioni tra presenti" oggetto di previsione dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen.

3.1. Giova innanzi tutto rammentare che in giurisprudenza è stata in più occasioni affermata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., in relazione all'art. 14 della Costituzione.

Al riguardo va ricordata (anche per le preziose indicazioni di metodo che offre) la sentenza n. 135 del 2002, della Corte costituzionale, nella quale il Giudice delle leggi affermò testualmente quanto segue: «il riferimento, nell'art. 14, secondo comma, Cost., alle "ispezioni, perquisizioni e sequestri" non è necessariamente espressivo dell'intento di "tipizzare" le limitazioni permesse, escludendo a contrario quelle non espressamente contemplate; poiché esso ben

può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi»; sottolineando altresì che «l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei».

Si può dunque escludere che l'art. 14 Cost. contenga divieti costituzionali assoluti in materia di intercettazioni foniche all'interno di luoghi di privata dimora e sia invocabile a prescindere dalle leggi ordinarie in materia di intercettazioni.

3.2. Parimenti, la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di escludere la ravvisabilità di profili di incostituzionalità dell'art. 266 cod. proc. pen. nella parte in cui esso comporterebbe l'utilizzo di intercettazioni disposte nei confronti di persone estranee al decreto emesso ex art. 267 cod. proc. pen.: è stato precisato al riguardo (Sez. 1, n. 3133 del 12/11/1997, dep. 1998, Cuomo, Rv. 210182) che le esigenze costituzionali incardinate negli artt. 14 e 15 della Costituzione sono garantite proprio dal preventivo controllo dell'Autorità giudiziaria circa l'ammissibilità e le modalità dell'intercettazione, coinvolgendo il diritto di rango costituzionale alla riservatezza delle comunicazioni, che riguarda (per la stessa natura di quel che è pur sempre un mezzo di ricerca della prova) non il solo indagato, ma una pluralità non preventivamente determinabile di soggetti.

4. Ribadita la tenuta costituzionale delle intercettazioni ambientali (di tipo per così dire "tradizionale") disciplinate dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., occorre ora stabilire se debba considerarsi presupposto indispensabile per la legittimità di tale mezzo investigativo – e, conseguentemente, per la utilizzabilità dell'esito delle intercettazioni – l'individuazione, e la relativa indicazione nel provvedimento che autorizza l'attività di captazione, del "luogo" nel cui ambito deve essere svolta la "intercettazione di comunicazioni tra presenti" oggetto della previsione dell'art. 266, secondo comma, cod. proc. pen.

A tale interrogativo la sentenza Musumeci ha dato risposta affermativa, muovendo dal presupposto che dalla formulazione dell'art. 266, comma 2, – laddove è prevista l'intercettazione di comunicazioni tra presenti – deriverebbe

l'obbligo della precisazione, nel decreto di autorizzazione, del luogo nel quale sono consentite le captazioni.

Detta interpretazione della norma codicistica, secondo la sentenza Musumeci, sarebbe l'unica compatibile con il dettato dell'art. 15 Cost.; imponendosi, ai fini della piena tutela della libertà di comunicare, una lettura rigorosa delle disposizioni che legittimano la compressione di tale diritto della persona: l'intercettazione ambientale, pertanto, dovrebbe avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* nel provvedimento di autorizzazione, non potendo essere permessa in qualunque posto si trovi il soggetto.

La specificazione dei luoghi non costituirebbe, cioè, «una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova», ma una tecnica di captazione, con specifiche peculiarità, in grado di attribuire maggiore potenzialità all'intercettazione, dal momento che consente la possibilità di «captare conversazioni tra presenti non solo in una pluralità di luoghi, a seconda degli spostamenti del soggetto, ma [...] senza limitazione di luogo».

A sostegno dell'interpretazione così proposta, viene evocato l'orientamento giurisprudenziale che ammette la variazione dei luoghi in cui si deve svolgere l'intercettazione, rispetto a quello determinato dal G.i.p., «solo se rientrante nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata» (Sez. 6, n. 15396 del 11/12/2007, dep. 2008, Sitzia, Rv. 239634; Sez. 2, n. 4178 del 15/12/2010, dep. 2011, Fontana, Rv. 249207).

5. Ritiene il Collegio di non poter condividere l'opzione ermeneutica proposta con la sentenza Musumeci.

Va invero evidenziato innanzi tutto il dato testuale della norma, posto che l'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., si limita ad autorizzare «negli stessi casi» previsti dal comma primo della stessa norma, «l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti»: il riferimento all'ambiente è presente solo nella seconda parte della disposizione, in relazione alla tutela del domicilio.

La necessità dell'indicazione di uno specifico luogo – quale condizione di legittimità dell'intercettazione – non risulta inserita né nell'art. 266, comma 2 (in cui, con riferimento all'intercettazione di comunicazioni tra presenti, vi è solo la previsione di una specifica condizione per la legittimità dell'intercettazione se effettuata in un luogo di privata dimora), 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 (cfr., Corte EDU, 31/05/2005, Vetter c. Francia; Corte EDU, 18/05/2010, Kennedy c. Regno Unito): non è dato rilevare, dunque, alcun riferimento alla indicazione del luogo della captazione.

Anche la giurisprudenza sovranazionale conforta, pertanto, l'interpretazione secondo cui nell'intercettazione tra presenti, compiuta con mezzi definibili "tradizionali", il riferimento al luogo non integra un presupposto dell'autorizzazione, ma rileva solo limitatamente alla motivazione del decreto nella quale il giudice deve indicare le situazioni ambientali oggetto della captazione, e ciò solo ai fini della determinazione delle modalità esecutive del mezzo di ricerca della prova, che avviene mediante la collocazione fisica di microspie. Un'esigenza di questo tipo è invece del tutto estranea all'intercettazione per mezzo del c.d. virus informatico: la caratteristica tecnica di tale modalità di captazione prescinde dal riferimento al luogo, trattandosi di un'intercettazione ambientale per sua natura "itinerante".

6. Muovendo da tali premesse e volendo giungere ad un primo approdo ermeneutico, deve escludersi – *de iure condito* – la possibilità di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 cod.pen., con il mezzo del captatore informatico, al di fuori della disciplina derogatoria di cui all'art. 13 della legge n. 203 del 1991 (di conversione del decreto-legge n. 152 del 1991) sulla quale in prosieguo ci si soffermerà.

Ed invero: a) nelle intercettazioni regolate esclusivamente dagli artt. 266 e ss. cod. proc. pen., il requisito autorizzativo delle intercettazioni tra presenti, incentrato sul «fondato motivo di ritenere che» nei luoghi di privata dimora investiti dalle captazioni «si stia svolgendo l'attività criminosa», si pone in tutta la sua pienezza, non consentendo eccezioni di alcun genere; b) all'atto di autorizzare una intercettazione da effettuarsi a mezzo di captatore informatico installato su di un apparecchio portatile, il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico (*smartphone, tablet, computer*) verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto della normativa che legittima, circoscrivendole, le intercettazioni domiciliari di tipo tradizionale; c) peraltro, 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, sarebbe comunque impedito il controllo

del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta "al buio"; d) si correrebbe il concreto rischio di dar vita ad una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora del tutto al di fuori dei cogenti limiti previsti dalla vigente normativa codicistica, incompatibili con la legge ordinaria ed in violazione delle norme della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (che impongono al legislatore ed ai giudici di porre alle intercettazioni limiti rispettosi del principio di proporzione).

Nel caso di captazioni eventualmente avvenute in luoghi di privata dimora al di fuori dei presupposti di cui all'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., non potrebbe nemmeno invocarsi la sanzione della inutilizzabilità essendo la stessa riservata a gravi patologie degli atti del procedimento e del processo, e non ad ipotesi di adozione di provvedimenti *contra legem* e non preventivamente controllabili quanto alla loro conformità alla legge. A ciò dovendo aggiungersi anche il concreto rischio della possibile divulgazione, ben prima di ogni declaratoria di inutilizzabilità, dei contenuti di intercettazioni destinate ad essere successivamente dichiarate inutilizzabili: basti pensare ai procedimenti *de libertate* in relazione ai quali il provvedimento restrittivo può basarsi anche sui soli brogliacci ai fini della gravità indiziaria, con conseguente elevatissimo rischio di illecita ed impropria diffusione di conversazioni illegittimamente captate in luoghi di privata dimora. Né si ritiene pertinente un raffronto con i casi per i quali è prevista la verifica postuma dei risultati dell'intercettazione, che si può concludere con l'inutilizzabilità, con riferimento a captazioni eseguite violando divieti di legge diversi da quello concernente il domicilio, come, ad esempio, in tema di garanzie di libertà del difensore (art. 103 cod. proc. pen.) o per le conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. oggetto di richiamo nell'art. 271, comma 2: trattasi, invero, di ipotesi che trovano espressa previsione e disciplina legislativa.

7. Per le indagini relative a delitti di criminalità organizzata è prevista una disciplina speciale. Ai sensi dell'art. 13 decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito dalla legge n. 203/91), l'intercettazione domiciliare, in deroga al limite di cui all'art. 266, comma 2, secondo periodo, cod. proc. pen., è consentita «anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa». Sono permesse, pertanto, intercettazioni domiciliari pur in mancanza della gravità indiziaria dello svolgimento nell'ambiente, in quel momento, di attività criminosa. Questa disposizione esprime una chiara scelta del legislatore volta a favorire l'operatività del mezzo di ricerca della prova in esame in relazione a fattispecie criminose per le quali risulti particolarmente difficile l'attività di indagine.



Viene dunque in rilievo, a questo punto, la questione relativa alla possibilità, o meno, di disporre, in relazione ad indagini per delitti di criminalità organizzata, l'intercettazione per mezzo di "captatore informatico" prescindendosi dall'indicazione dei luoghi in cui la captazione deve avvenire, posto che è impossibile, per tale mezzo di indagine, una preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi di interesse, data la natura itinerante dello strumento di indagine da utilizzare.

7.1. La sentenza n. 27100/2015, Musumeci, dapprima illustrata, riguardava un reato di natura associativa, ancorché tale profilo non sia stato particolarmente valorizzato nella motivazione la quale ha ravvisato il fulcro problematico del tema nel fatto che il meccanismo renderebbe possibile captare conversazioni tra presenti in una pluralità di luoghi, a seconda degli spostamenti del soggetto, e ciò entrerebbe in conflitto con la libertà di comunicare.

7.2. Secondo l'ordinanza di rimessione, la normativa in materia consente invece di superare anche il problema della tutela del domicilio: il provvedimento che autorizza l'intercettazione domiciliare, se fondato sulla gravità indiziaria di reati associativi, non richiede la sussistenza del fondato motivo che in detti luoghi si sta svolgendo l'attività criminosa. In presenza di intercettazioni relative a procedimenti di criminalità organizzata, l'indicazione del luogo risulterebbe del tutto irrilevante, anche in rapporto all'utilizzo della tecnica del virus informatico come lo è per le captazioni ambientali con mezzi tradizionali.

8. Ritengono le Sezioni Unite di dover condividere la tesi sostenuta con l'ordinanza di rimessione.

Il tema deve essere esaminato muovendo necessariamente da una approfondita lettura delle disposizioni del codice di rito e della norma speciale (e derogatrice) di cui all'art. 13 del decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito dalla legge n. 203/91).

Mette conto evidenziare che la norma procedurale di particolare interesse – l'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. – non parla di «intercettazioni ambientali» ma di «intercettazioni di comunicazioni tra presenti» nonché di intercettazioni di comunicazioni tra presenti destinate ad avvenire «nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen.» (con esplicito riferimento al reato di violazione del domicilio che – secondo il dato testuale di cui all'art. 614 cod. pen. – attiene alle abitazioni, agli altri luoghi di privata dimora e alle relative appartenenze), con l'ulteriore precisazione che in tale ultimo caso «l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

Parimenti, non parla di "intercettazioni ambientali" la norma derogatrice, che, infatti, è così formulata: «In deroga a quanto disposto dall'articolo 267 del

codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistano sufficienti indizi[...]. Quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 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».

Dai testi normativi di riferimento si rileva che la previsione riguarda due categorie di intercettazioni: quella (di carattere generale) delle "intercettazioni di comunicazioni tra presenti"; ed un'altra (limitata), vale a dire quella delle "intercettazioni di comunicazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora": queste ultime sono sottoposte a presupposti e regime di autorizzazione diversi, rispetto a quelli indicati nella norma procedurale, se disposte in procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Non è dato rinvenire nelle vigenti disposizioni alcun accenno ad "intercettazioni ambientali", locuzione, questa, utilizzata generalmente e diffusamente nella giurisprudenza ed in dottrina: ciò è dovuto, verosimilmente, al fatto che tale formulazione è entrata a far parte del linguaggio giuridico in un momento storico nel quale le possibilità di intercettazione in luoghi chiusi – in base alle tecniche di captazione disponibili – erano per lo più riconducibili alla installazione di microspie in uno o più "ambienti" predeterminati. Per tale motivo – ed a maggior ragione perché una siffatta dizione non trova riscontro nel dato testuale delle norme di interesse – sarebbe errato giungere al punto da ritenere illegittima qualsiasi intercettazione tra presenti non strettamente collegata ad un predeterminato "ambiente".

Sulla scorta di tali considerazioni appare decisamente riduttivo il tessuto argomentativo posto a base della tesi sostenuta dalla sentenza Musumeci, posto che nella stessa risulta valorizzato ed enfatizzato proprio il riferimento all' "ambiente", ad esso attribuendosi decisivo rilievo.

Dunque, la sentenza Musumeci ha omesso di confrontarsi con il dato normativo dal quale emerge la distinzione tra "intercettazioni tra presenti" e "intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora" (e sui loro specifici requisiti autorizzativi) ed ha piuttosto ancorato la conclusione, cui è pervenuta, alla distinzione, che non trova invece nessun aggancio normativo, tra intercettazioni tra presenti in ambienti predeterminati e intercettazioni prive di tale preventiva (individuazione e) indicazione. Una siffatta posizione emerge in tutta evidenza in taluni passaggi della sentenza, che appare opportuno riportare testualmente: «l'attivazione del microfono dà luogo ad una intercettazione