

# **Scuola di specializzazione per le professioni legali**

Modulo di Procedura penale

**Lezione di giovedì 16 maggio 2024**



• A. Capone

**• L'acquisizione all'estero della  
trascrizione di conversazioni criptate  
decodificate**

# Il caso

- **Le piattaforme di comunicazione criptata**
  - Encrochat e il servizio di messaggistica criptata
  - La garanzia del pieno anonimato
- **L'indagine franco-belga**
  - L'inoculazione di un *virus trojan* nel *server* (fisicamente collocato in Francia) e nei dispositivi di alcuni utenti
  - Acquisizione di tutte le pregresse comunicazioni e monitoraggio in tempo reale di tutte quelle in corso per molti mesi tramite la piattaforma (utenti di 122 paesi)
  - Acquisizione delle chiavi per decriptare le comunicazioni
  - Trascrizione di tutte le comunicazioni acquisite
  - Il 67% dei criptofonini attivi su Encrochat erano usati per scopi criminali
  - L'operazione si è conclusa quando Encrochat si è accorta dell'hackeraggio poliziesco e ha avvertito gli utenti di disfarsi dei criptofonini
- **I procedimenti in Italia**
  - La richiesta di consegna del materiale intercettato, nella fase delle indagini preliminari, mediante Ordine di indagine europeo da
  - La richiesta delle difese, in dibattimento di conoscere: le modalità procedurali e operative di acquisizione delle singole conversazioni; le comunicazioni cifrate; le chiavi per decifrarle
  - Le autorità francesi hanno opposto sul punto il segreto di Stato
    - Secondo il Consiglio costituzionale francese il segreto non viola i diritti fondamentali degli indagati

# **Il quadro costituzionale e convenzionale**

- **Art. 15 Cost. Segretezza delle comunicazioni**
  - L'indebita percezione dei comunicazioni riservate
  - Segretezza e segreti
- **Art. 14 Cost. Inviolabilità del domicilio**
  - Il domicilio come sfera intangibile della riservatezza
- **Corrispondenza, comunicazioni e rispetto della vita privata e familiare in Europa**
  - Art. 8 C.e.d.u.
    - «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».
    - Le condizioni per un'interferenza legittima: prevedibilità – necessità - finalità

# Le fonti dell'Unione Europea

- **Art. 7 Carta di Nizza**

- «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

- **Art. 82 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea**

- 1. La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie.
- 2. Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.
- Esse riguardano:
  - a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;
  - b) i diritti della persona nella procedura penale

# L'ordine europeo di indagine

- **La Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014**

- Art. 1: L'ordine europeo di indagine è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo Stato di emissione) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (Stato di esecuzione)
- Gli Stati membri eseguono un OEI in base al principio del riconoscimento reciproco
- La disciplina dell'OEI non incide sull'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale
- Art. 6, comma 1, lett. a): l'emissione dell'OEI è consentita a condizione che sia necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti fondamentali della persona indagata o imputata (principio di proporzionalità)
- Art. 6, comma 1, lett. b) l'emissione dell'OEI è consentita a condizione che l'atto o gli atti di indagine richiesti avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo (principio di equivalenza)

# L'ordine europeo di indagine

- **D. lgs. n. 108 del 2017 – Attuazione della direttiva europea sull'OEI**

- Art. 2 L'OEI è finalizzato a compiere atti di indagine o di assunzione probatoria in uno Stato membro UE oppure ad acquisire informazioni o prove già disponibili.
- Art. 27 Nell'ambito di un procedimento penale il pubblico ministero o il giudice che procede possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, un ordine di indagine e trasmetterlo direttamente all'autorità di esecuzione.
- Art. 28 Contro l'OEI finalizzato al sequestro probatorio, l'indagato o l'imputato possono proporre richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p.
- Art. 36 Sono acquisiti al fascicolo del dibattimento a) i documenti acquisiti all'estero e i verbali degli atti non ripetibili; b) i verbali degli atti ripetibili acquisiti all'estero con modalità che abbiano garantito ai difensori di assistere e di esercitare le facoltà consentite dalla legge italiana.
- Art. 43 Il pubblico ministero emette ordine di indagine per la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione quando nel territorio di altro Stato si trova il dispositivo da controllare
- La richiesta può avere ad oggetto la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate.

# Il sequestro dei documenti

- **La nozione di documento**

- Art. 234 c.p.p.
- Scritti o documenti audio/video
- La distinzione tra prove *constituendae* e prove precostituite
- Documenti e verbali

- **Il sequestro dei documenti**

- Art. 253 .p.p.
  - decreto del p.m.
  - limite del corpo del reato o della cosa pertinente al reato
  - operatori
  - consegna di copia del decreto

# L'acquisizione dei documenti all'estero

- **L'acquisizione 'in forma libera'**

- Art. 234-*bis* E' sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso del legittimo titolare.

- **L'acquisizione degli atti di un procedimento penale**

- Art. 78 disp. att.
  - Si applica l'art. 238 c.p.p.
    - Prove dichiarative assunte in contraddittorio
    - Atti non ripetibili



# Le intercettazioni – le forme

- **Intercettazioni di comunicazioni telefoniche**
  - Rete fissa (segnale analogico – traslatore)
  - Smartphones (onde radio – ricetrasmittitori e «celle» – software)
- **Intercettazione di comunicazione tra presenti (c.d. «ambientale»)**
  - La ‘microspia’
- **Intercettazione di comunicazione tra sistemi informatici o telematici**
  - Art. 266-bis c.p.p.
  - Rete internet (via cavo o wi-fi) - voce, testo, immagini, dati
  - Server del client – sonda (front end) – porta (mirror) - Back-end
- **Intercettazione di comunicazioni mediante controllo a distanza dell’apparecchio (c.d. captazione informatica)**
  - Il problema della cifratura
  - Il virus informatico (trojan horse) e il controllo a distanza
  - La microspia c.d. «itinerante»
  - Art. 266, commi 2 e 2-bis c.p.p. I presupposti speciali per l’impiego del captatore

# Le intercettazioni - i presupposti comuni (art. 267)

- **Gravi indizi di reato**

- Indizi e atti delle indagini preliminari
- Gravità
- Indizi di reato e indizi di colpevolezza

- **Assoluta indispensabilità**

- L'intercettazione come *extrema ratio* (impossibilità di ottenere il dato conoscitivo che si cerca con altro strumento investigativo)
- Il divieto delle intercettazioni c.d. 'a tappeto'

- **Prosecuzione delle indagini**

- L'intercettazione non può essere il primo strumento investigativo

# Le intercettazioni – l'acquisizione

- **Il deposito**

- Art. 268, comma 4 L'archivio riservato

- **Avviso ai difensori**

- Art. 268, comma 4 Il termine
- Art. 268, comma 6 Ascolto senza estrazione di copia

- **Udienza stralcio** (art. 268, comma 6)

- Richieste
- Acquisizione
  - Rilevanza
  - Inutilizzabilità
  - Dati personali
- Inserimento nel fascicolo per le indagini

# Le intercettazioni - il procedimento

- **Il procedimento ordinario** (art. 267, comma 1)
  - Richiesta del p.m.
  - Decreto di autorizzazione del giudice
  - Motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti
- **L'uso c.d. 'trasversale' delle intercettazioni in altri procedimenti**
  - Intercettazioni tradizionali (art. 270, comma 1)
    - procedimenti diversi (Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, in *C.e.d.* n. 277395)
    - fattispecie (art. 380)
    - indispensabilità
  - Intercettazioni mediante captazione informatica
    - reati diversi
    - fattispecie (art. 266, comma 2-bis)
    - indispensabilità
  - Il procedimento
    - Deposito e udienza stralcio
      - Comma 2. Ai fini della utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'articolo 268, commi 6, 7 e 8. (253) (260) (263) (267) (270) (275)
    - Accesso all'archivio riservato
      - Comma 3. Il pubblico ministero e i difensori delle parti hanno altresì facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate.

# Il sequestro della corrispondenza

- **Il sequestro della corrispondenza epistolare presso i fornitori di servizi postali**

- L'art. 254 c.p.p.
  - limiti soggettivi
  - divieto di apertura
  - restituzione immediata di ciò che non è pertinente al reato

- **Il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi**

- Art. 254-bis
  - la copia (conformità e immodificabilità)
  - la conservazione e la protezione degli originali

- **Il procedimento**

- Art. 253 Il decreto motivato del pubblico ministero

- **La nozione di corrispondenza**

- Sez. un. 2012 Pasqua
  - «La materia delle intrusioni investigative sulla "corrispondenza" è regolata dall'art. 254 c.p.p, che, rispetto alla normativa generale in tema di sequestri (art. 253 c.p.p.), si attegga quale disciplina speciale, in quanto incidente su aspetti presidiati dall'art. 15 Cost. (nonché dall'art. 8 della CEDU), e che ha ad oggetto il sequestro della corrispondenza presso gestori di servizi postali.
  - Invece nessuna speciale ragione di tutela interferisce con l'adozione di un ordinario provvedimento di sequestro da eseguire in qualsiasi luogo ove si trovino lettere o pieghi non ancora avviati dal mittente al destinatario o già da quest'ultimo ricevuti, in quanto simili cose non sono appunto "corrispondenza", implicando tale nozione un'attività di spedizione in corso.

# La corrispondenza telematica

- **Il quadro normativo**

- Art. 266-bis c.p. Intercettazione
- Presuppone che il messaggio sia in transito

- **Come si acquisisce la corrispondenza telematica già arrivata (o non ancora spedita)?**

- Cass., sez. III, 2016, Giorgi
  - I messaggi WhatsApp ed SMS rinvenuti in un telefono cellulare non rientrano nel concetto di "corrispondenza", la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito.
- Cass., sez. V, 2017, Parodi
  - I messaggi "WhatsApp" e gli "SMS" conservati nella memoria di un telefono cellulare sottoposto a sequestro hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché la loro acquisizione non costituisce attività di intercettazione disciplinata dagli artt. 266 e ss. c.p.p., atteso che quest'ultima esige la captazione di un flusso di comunicazioni in atto ed è, pertanto, attività diversa dall'acquisizione "ex post" del dato conservato nella memoria dell'apparecchio telefonico che documenta flussi già avvenuti.
- Cass., sez. VI, 2020, Ceriani
  - «I messaggi di posta elettronica memorizzati nell'account o nel computer del mittente ovvero del destinatario hanno natura di documenti informatici, sicché la loro acquisizione processuale non soggiace alla disciplina delle intercettazioni di cui all'art. 266-bis c.p.p., che postula la captazione di un flusso di comunicazioni in atto, ma avviene ai sensi dell'art. 234 c.p.p.».

- **In sintesi**

- Art. 266-bis Messaggi in transito
- Art. 234 e 253 Messaggi a destinazione

# La corrispondenza telematica

- **Il caso della Fondazione Open**

- Indagini della Procura di Firenze sulla Fondazione Open, vicina a Matteo Renzi
- Il sequestro di uno smartphone di un indagato
- Estrazione di messaggi whatsapp e posta elettronica con Renzi

- **Il sequestro della corrispondenza dei parlamentari**

- L'art. 68, comma 3, Cost.: «Occorre l'autorizzazione della Camera di appartenenza per sottoporre i membri del Parlamento a intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza».
- La legge n. 140 del 2003, art. 4: «Quando occorre eseguire nei confronti di un membro del Parlamento intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni, sequestri di corrispondenza [...] l'autorità competente richiede direttamente l'autorizzazione della Camera alla quale il soggetto appartiene».

- **Il conflitto**

- La Procura di Firenze, trattandosi di comunicazioni archiviate, e non in transito, si attiene alla giurisprudenza prevalente e non le considera come «corrispondenza»
- Non chiede perciò al Parlamento l'autorizzazione
- Il conflitto tra il Senato e Procura di Firenze in ordine alla mancata richiesta di autorizzazione al sequestro della corrispondenza di un parlamentare

- **Corte cost. n. 70 del 2023**

- Il sequestro di corrispondenza che, ai sensi della legge n. 140 del 2003, richiede l'autorizzazione della camera di appartenenza del parlamentare, include anche la corrispondenza informatica già arrivata e archiviata.
- La tutela costituzionale è unica (artt. 15 e 68 Cost.).
- Anche la Corte europea include le comunicazioni telematiche nel concetto di corrispondenza tutelato dall'art. 8 Cedu.
- Degradare la comunicazione a mero documento quando non più in itinere, è soluzione che confina in ambiti angusti la tutela costituzionale nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, e finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione».
- Corrispondenza è concetto idoneo ad abbracciare ogni comunicazione del pensiero umano e prescinde dal mezzo utilizzato.

# I quesiti alle Sezioni unite

- **La controversia giurisprudenziale**

- **Cass., sez. III, ord. 3 novembre 2023, n. 47798/23. Gjuzi**

- Se in tema di mezzi di prova la acquisizione di messaggi su chat di gruppo scambiati con sistema cifrato, mediante O.E.I., presso autorità giudiziaria straniera che ne ha eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di "documenti e di dati informatici" ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p. o di documenti ex art. 234 c.p.p. o sia riconducibile in altra disciplina relativa all'acquisizione di prove.
- Se inoltre, tale acquisizione debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei dati in tal modo versati in atti, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte della autorità giurisdizionale nazionale.

- **Cass., sez. VI, ord. 15 gennaio 2024, n. 2329/2024, Giorgi**

- Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria estera su una piattaforma informatica criptata integri, o meno, l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 c.p.p.
- Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria estera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sul server di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno ad un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine alla utilizzabilità dei dati raccolti