

LA PERQUISIZIONE ONLINE TRA ESIGENZE INVESTIGATIVE E RICERCA ATIPICA DELLA PROVA

di Luca Battinieri

Un recente intervento giurisprudenziale della S.C. (Cass. Sez. 4, Sentenza n. 19618 del 17/04/2012) ha consentito di fare luce sulle problematiche cui darebbe luogo la perquisizione informatica allorquando realizzata con modalità tali da fuoriuscire dai confini dell'art. 247 c.p.p. per arrivare a lambire quelli del mezzo atipico di ricerca della prova.

Il caso concreto concerneva l'impugnazione avverso il decreto con il quale il P.M. aveva disposto il sequestro e la perquisizione delle credenziali di accesso al sistema di booking online di una nota compagnia aerea, motivato dall'esigenza di poter identificare per tempo - in base ad una serie di parametri sintomatici desumibili dalle modalità di prenotazione dei voli (soprattutto eseguite last minute, in orario notturno, con rientro programmato entro pochissimi giorni dall'arrivo) - i passeggeri sospettabili di fungere da corrieri internazionali di stupefacenti (c.d. ovulatori). Nel rigettare il ricorso promosso dalla Procura contro l'ordinanza di annullamento emessa dal Tribunale del Riesame, la Cassazione, sostanzialmente, ha ribadito il divieto di condurre indagini di tipo esplorativo, in quanto tali non fondate sulla esistenza di specifiche notizie di reato ma indirizzate, essenzialmente, a raccogliergle, grazie all'impiego "a strascico" dei mezzi previsti dal codice per la ricerca della prova. **Qualora si consentisse diritto di cittadinanza a tale impiego dello strumento processuale in esame - si è osservato - si finirebbe per ammettere un mezzo anomalo (atipico) di ricerca della prova, con finalità prettamente esplorative, simile alle intercettazioni** (non vi è un riferimento diretto all'art. 226 disp. att. c.p.p. ma il richiamo appare evidente).

Dal punto di vista operativo, per perquisizioni *online* vanno intesi quegli espedienti tecnici (come ad esempio, i c.d. *trojan*) che consentono agli organi inquirenti di accedere a sistemi informatici o telematici al fine di effettuare un occulto monitoraggio della attività ivi realizzata, accompagnato, all'occorrenza, dalla clonazione in tempo reale dei dati aggiornati dall'utilizzatore e si distinguono dalle intercettazioni telematiche avendo ad oggetto non la captazione di un flusso comunicativo ma il mero contenuto (eventualmente dinamico) del sistema.

Gli interpreti che hanno per primi affrontato il problema della perquisizione *online* non hanno esitato a ritenere che, siffatto *modus procedendi*, della perquisizione conserverebbe solo il nome, trattandosi, in realtà, di una attività investigativa del tutto avulsa dallo schema disegnato dagli artt. 247 e ss. c.p.p. Pertanto, essendosi in presenza di uno strumento atipico di ricerca della prova, la sua legittimazione processuale andrebbe vagliata valutando la compatibilità con le garanzie che limitano la com-

pressione dei diritti costituzionalmente tutelati, di cui agli artt. 14 e 15 Cost., vale a dire le riserve di legge e di giurisdizione.

Nella sentenza "Prisco" del 2006 (Cass. S.U. 26975/2006), la Suprema Corte aveva associato le videoriprese di comportamenti a contenuto non comunicativo alla atipicità dei mezzi di prova di cui all'art. 189 c.p.p., qualificando illecito lo strumento istruttorio innominato allorquando acquisito mediante la violazione di diritti di rango costituzionale effettuata oltre i limiti imposti. Ecco perché, a detta della Corte, quando la videoripresa "fotografa" luoghi tali da ingenerare aspettativa di riservatezza in chi vi si intrattiene (privé piuttosto che toilette di un locale pubblico), pur essendosi al di fuori delle stringenti garanzie che tutelano la inviolabilità del privato domicilio non per questo l'attività investigativa può sfuggire alla riserva di giurisdizione, da leggersi nel provvedimento autorizzativo emesso dalla Autorità Giudiziaria.

Verrebbe da dire, tuttavia, che la soluzione di compromesso adottata (non essendo intercettazioni, non occorre il *liquet* del giudice ma neppure è ammissibile l'iniziativa autonoma della polizia giudiziaria, *ergo* basta il decreto motivato del PM) non poggia in maniera del tutto convincente sul quadro di riferimento costituzionale, posto che il diritto alla privacy, pacificamente riconosciuto tra quelli inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2, **non prevede espressamente le stringenti limitazioni alla compressione che il Costituente ha riservato ad altre sfere di estrinsecazione della personalità**. Di conseguenza, posto che è solo l'intrusione nel domicilio a richiedere il rispetto della riserva di legge, ogni qualvolta l'attività di osservazione non intacca l'ambito costituzionalmente protetto dall'art. 14 non si capisce bene quale sia l'addentellato sul quale agganciare il previo controllo giudiziario. Anche l'art. 8 della C.E.D.U.,⁽¹⁾ più volte invocato in tema, non pare legittimare la tesi in oggetto. Anzi, a voler essere del tutto coesi con la tutela dei diritti fondamentali imposta dalla Convenzione, neppure l'intervento autorizzativo della A.G. andrebbe ritenuto sufficiente presupposto di legittimazione, atteso che la norma sovranazionale prescrive che l'ingerenza dello Stato nella riservatezza del privato debba essere normativamente prevista.

Già meno perplessità desta l'applicazione di un percorso argomentativo affine a quello tracciato nella sentenza "Prisco" al problema che investe il regime processuale cui devono soggiacere le fonoregistrazioni di conversazioni che il soggetto non indagato effettua, all'insaputa del suo interlocutore, d'intesa con la PG e, sovente, con l'ausilio di apparecchiature tecniche dalla stessa fornite. Posto che, in conformità ai principi di diritto elaborati

dalla "Torcasio" (Cass. S.U. Sentenza n. 36747 del 28/05/2003), non si è in presenza di una attività d'intercettazione (difettando tanto il requisito della occulta ingerenza aliena in una conversazione che gli interlocutori confidano riservata, quanto la captazione in tempo reale dei dialoghi intersorsi) per cui non è pertinente il richiamo agli artt. 266 e ss. c.p.p., assumendo la S.C. che, in casi del genere, vi è comunque una compressione del diritto alla segretezza delle comunicazioni, tutelato dall'art. 15 Cost., il requisito di ammissibilità della prova atipica, ex art. 189 c.p.p., passerebbe nuovamente per il semplice decreto autorizzativo emesso dal pubblico ministero, presupposto ritenuto idoneo ad assolvere alla riserva di giurisdizione ivi comunque radicata (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 23742 del 07/04/2010).

Ciò detto, e ritornando al problema delle perquisizioni ed ispezioni *online*, **qualora si aderisse all'orientamento che individua un mezzo atipico di ricerca della prova piuttosto che particolare modalità esecutiva degli strumenti tipizzati dal codice, verrebbe da sé la illiceità dell'elemento probatorio eventualmente raccolto**, che non potrebbe mai entrare nel processo ex art. 189 c.p.p. in quanto formato in violazione del diritto costituzionale alla inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost. Infatti, in casi del genere, si sarà proceduto alla intrusione nella massima sfera privata della persona pur in difetto di una espressa previsione normativa che la riserva di legge impone. Conclusione che mutua quanto affermato dalla sentenza "Prisco" in relazione alle videoriprese, se e quando effettuate all'interno del privato domicilio. Ovviamente, il corollario in tanto è reputabile corretto in quanto la perquisizione *online* vada ad incidere su apparati tecnici sussumibili nel concetto di domicilio informatico così come elaborato in sede giurisprudenziale, al quale il legislatore ha inteso apprestare la medesima dignità e tutela del domicilio fisico, essendone null'altro che la proiezione virtuale.

Nella sentenza "Viruso" (Cass. sez. 5, Sentenza n. 16556 del 14/10/2009), la Suprema Corte ha finito per conferire legittimazione indiretta ai mezzi atipici di ricerca della prova, pur avendo risolto il problema non tanto dalla prospettiva dello strumento di "cattura" utilizzato, quanto dal legittimo ingresso nel processo dell'elemento probatorio così raccolto, ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

In particolare, ha escluso che il ricorso al captatore informatico, espediente tecnico in grado di intercettare e clonare in tempo reale il flusso unidirezionale di informazioni (presenti e future) veicolato dall'utilizzatore sul proprio *computer* attraverso i comuni *software* di videoscrittura, potesse ritenersi in conflitto con le tutele garantite dagli artt. 14 e 15 della Costituzione. Tuttavia, se non desta perplessità alcuna il rigetto delle censure di violazione al diritto di segretezza delle comunicazioni, trattandosi di apprensione di flussi d'informazione non certo a contenuto comunicativo, non altrettanto convincente appare l'argomento utilizzato per negare sede alle possibili censure relative all'art. 14 in tema d'invio di inviolabilità del domicilio. Limitandosi a respingere il profilo sulla base del mero luogo fisico di ubicazione dell'apparato informatico attinto dalla captazione ("Invero, l'apparecchio monitorato con l'installazione del captatore informatico non era collocato in un luogo domiciliare ovvero in un luogo di privata dimora, ancorché intesa nella sua più ampia accezione, bensì in un



luogo aperto al pubblico. Il personal computer, infatti, "si trovava nei locali sede di un ufficio pubblico comunale, ove sia l'imputato sia gli altri impiegati avevano accesso per svolgere le loro mansioni ed ove potevano fare ingresso, sia pure in determinate condizioni temporali, il pubblico degli utenti ed il personale delle pulizie, insomma una comunità di soggetti non particolarmente estesa, ma nemmeno limitata o determinabile a priori in ragione di una determinazione personale dell'imputato"), **la Corte sembra sovvertire la prospettiva forse più corretta dalla quale inquadrare la questione, confondendo il luogo ove è collocato il sistema informatico con il sistema informatico quale luogo o comunque proiezione di un luogo, ascrivendo rilevanza al primo anziché al secondo e, così facendo, entrando in conflitto con il concetto stesso di domicilio informatico** inteso quale spazio ideale - ma anche fisico - in cui sono contenuti i dati informatici di pertinenza della persona (Cassazione penale sez. V, sentenza 26.10.2012 n° 42021).

Se questo è vero, allora ciò che conta al fine di valutare se tale mezzo atipico di ricerca della prova presenti punti di conflitto con il diritto costituzionale alla inviolabilità del domicilio non è la collocazione spazio-materiale del sistema informatico bensì la possibilità o meno di ritenere che l'apparato interessato costituisca proiezione del domicilio fisico del privato che ne fa uso, conclusione da escludere nei soli casi in cui, ad esempio, si tratti di un *computer* messo a disposizione di una platea indifferenziata di utenti e destinato alla effettuazione di operazioni non aventi alcuna attinenza con la sfera strettamente personale di chi ne fruisce.

In tutti gli altri casi, trattandosi di una ingerenza pur sempre domiciliare, la captazione unidirezionale di informazioni dovrebbe ritenersi illecita in quanto effettuata in assenza, *de iure condito*, di una norma attuativa della riserva di legge fissata dall'art. 14 Cost., tale non potendosi ritenere né l'art. 244 né l'art. 247 c.p.p. Per l'effetto, la prova così formata non avrebbe alcuna possibilità di filtrare nel processo attraverso le maglie (forse eccessivamente dilatate) dell'art. 189 c.p.p. ©

NOTE

1. Diritto al rispetto della vita privata e familiare.
1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui. ♦