

di Andrea Girella

I DATI INFORMATICI ACQUISITI DALLA MEMORIA DI UN TELEFONO NON RIENTRANO NEL CONCETTO DI CORRISPONDENZA

Andrea GIRELLA è Ufficiale Superiore del Corpo della Guardia di Finanza. Autore di pubblicazioni e articoli nella materia di pubblica sicurezza, esperto di sicurezza economico-finanziaria. Attualmente è in forza al Centro Informatico Amministrativo Nazionale della Guardia di Finanza.



Corte di Cassazione, Sezione V Penale, sentenza n. 1822 del 21 novembre 2017 e depositata il 16 gennaio 2018

I dati informatici acquisiti dalla memoria del telefono in uso all'indagata (sms, messaggi whatsapp, messaggi di posta elettronica "scaricati" e/o conservati nella memoria dell'apparecchio cellulare) hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. La relativa attività acquisitiva non soggiace né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche. Secondo l'insegnamento della Corte di legittimità non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 cod. proc. pen. con riferimento a messaggi WhatsApp e SMS rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro, in quanto questi testi 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.

Sempre più spesso la *digital forensic* porta dottrina e giurisprudenza a confrontarsi su temi classici che sembravano ormai aver ricevuto soluzioni pacifiche e consolidate.

Infatti, lo sviluppo tecnologico ha imposto agli operatori del diritto di dover inquadrare all'interno di concetti più tradizionali per l'ambito penal-processuale i nuovi mezzi tecnologici in uso o comunque a disposizione delle persone.

Uno di questi temi attiene alla qualificazione giuridica - corrispondenza, documento, altro - dei **dati informatici** memorizzati in uno smartphone (sms, messaggi WhatsApp, messaggi di posta elettronica 'scaricati' e/o conservati nella memoria dell'apparecchio cellulare) ai fini della corretta procedura da seguire per il loro **sequestro probatorio**.

Ad esempio, quale metodo adottare per non incorrere nella invalidazione dell'acquisizione nell'estrazione di copia integrale, tramite duplicazione di copia forense, di tutti i dati archiviati nella memoria del telefono cellulare in uso ad un soggetto indagato? Andrebbe seguita la procedura stabilita dall'art. 266 e ss. del codice di procedura penale (sui limiti di ammissibilità), qualora la si inquadri come un'attività di intercettazione di flussi di comunicazioni telematiche?

Od ancora: in tali acquisizioni, si rischia di incorrere nella violazione del divieto di sequestro della corrispondenza tra indagato e difensore, ai sensi dell'art. 103 c.p.p., comma 6¹, in tema di garanzie di libertà del difensore?

¹ **Art. 103 (Garanzie di libertà del difensore).** (...) 3. Nell'accingersi a eseguire una ispezione, una perquisizione o un sequestro nell'ufficio di un difensore, l'autorità giudiziaria a pena di nullità avvisa il consiglio dell'ordine forense del luogo perché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere alle operazioni. Allo stesso, se interviene e ne fa richiesta, è consegnata copia del provvedimento. (...)

6. Sono vietati il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato.

7. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 271, i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati. Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta

L'ennesima occasione per **definire la natura giuridica** dei dati informatici acquisiti dalla memoria del telefono si è avuta con il caso affrontato e risolto nella sentenza n. 1822 della Corte di Cassazione penale, Sez. V, del 16 gennaio 2018.

In merito, va dato un accenno ai concetti dei temi su cui ci si confronta: documento e corrispondenza.

Ai sensi dell'art. 234 c.p.p.³ è "**documento**" qualsiasi rappresentazione di fatti, persone o cose su qualsiasi supporto, considerato che tale categoria risulta in continua espansione in ragione del progresso tecnologico: esso lo si considera costituito da quattro elementi:

- il fatto rappresentato (che costituisce ciò che può essere oggetto di prova);
- la rappresentazione (che è la creazione di un equivalente del fatto rappresentato);
- l'incorporamento (che è l'operazione che consente di fissare su una base materiale la rappresentazione);
- la base materiale (che è il supporto che contiene la rappresentazione).

La categoria della "**corrispondenza**" è, invece, una species del genus **comunicazione**.

Mentre il concetto di **comunicazione** comprende qualsiasi trasmissione intersoggettiva del pensiero umano, il concetto di **corrispondenza** è limitato alle sole forme di comunicazione che avvengono **a distanza**, con espressa esclusione della **conversazione tra presenti**, la quale offre di per sé ai dialoganti la possibilità materiale di cautelarsi contro l'acquisizione di conoscenza da parte di estranei.

In genere, nella comunicazione **informatica e telematica** il messaggio, tradotto in un linguaggio informatico ad hoc, si trasmette dal supporto del mittente a quello del destinatario tramite la **rete telematica** cui entrambi sono connessi (ossia, in genere, attraverso i cavi della telefonia fissa o la comunicazione satellitare).

Secondo la giurisprudenza in commento, l'acquisizione dei predetti dati informatici non soggiace né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche in quanto:

- a) non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p.⁵ con riferimento a messaggi WhatsApp e SMS rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro, sulla base che questi testi non rientrano nel concetto di 'corrispondenza'.
Ciò sulla considerazione che la nozione di quest'ultima implica un'attività di **spedizione**, in corso o comunque avviata dal mittente, mediante consegna a terzi per il recapito (Sez. III, n. 928 del 25/11/2015).
Di seguito, sulla questione del sequestro di informazioni scambiate tra soggetto indagato e difensore, la stessa Corte di Cassazione ha rilevato che, non vertendosi in tema di sequestro di corrispondenza per le ragioni appena esposte, è inconferente – e quindi non inficia la validità del provvedimento di sequestro - il richiamo di parte soccombente al divieto di cui all'art. 103 c.p.p., comma 6, sull'acquisizione di copia anche di documenti non rilevanti e, comunque, non sequestrabili siccome non pertinenti al reato o addirittura relativi al mandato difensivo;
- b) non è configurabile un'attività di **intercettazione** che, per sua natura, richiede la captazione di un flusso di comunicazioni **in corso**, mentre nel caso di specie ci si limita ad acquisire *ex post* il dato, conservato in memoria, che quei flussi documenta. Tale secondo assunto si basa sulla differenza tra documenti ed intercettazioni telefoniche, la quale è data dal fatto che i primi si sostanziano essenzialmente nella **rappresentazione** di fatti verificatisi **nel passato** (ai quali lo stesso ordinamento ricollega determinati effetti suscettibili di rivestire rilevanza giuridica), mentre le seconde si sostanziano in operazioni finalizzate alla raccolta, secondo una logica di **contemporaneità** rispetto a ciò che si registra, del flusso di conversazioni telefoniche tra due diversi soggetti.

Il Supremo Collegio ne conclude che i dati informatici (Sms, messaggi WhatsApp, messaggi di posta elettronica scaricati o conservati nella memoria) rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro hanno natura di documenti.

Con tali argomentazioni, pertanto, il ricorso è stato rigettato e la ricorrente condannata al pagamento delle spese processuali.

La lezione che ne scaturisce è che l'acquisizione di dati informatici mediante la cd. copia forense è una modalità conforme alla legge, che mira a proteggere, nell'interesse di tutte le parti, l'integrità e affidabilità del dato così acquisito.

La Corte di Cassazione aveva già avuto occasione in altro caso analogo (Sez. V, n. 25527 del 27/10/2016) di chiarire che non meritasse censura il sequestro di supporti contenenti dati informatici (poi restituiti, previa estrazione di copia integrale della relativa memoria) poiché "*l'attività di analisi per la selezione dei documenti contabili è particolarmente complessa investendo in toto l'attività imprenditoriale dell'indagato. Né le operazioni di estrazioni di copia dei documenti rilevanti a tal fine avrebbe potuto essere condotta in loco in un limitato arco temporale, investendo l'attività di selezione una significativa attività di studio e analisi proprio al fine di un'eventuale selezione*". Posto che dalle conclusioni del Supremo Collegio deriva che la relativa attività acquisitiva non soggiace né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche, può operare il citato art. 234 c.p.p..

Quest'ultimo, però, attiene unicamente al momento dell'**acquisizione nel processo** dei documenti e **non alla loro portata probatoria**, la quale andrà individuata caso per caso sulla base del rapporto intercorrente tra il contenuto del documento ed il fatto da provare (C., Sez. IV, 16.3.2000).

Considerato che nell'art. 234 c.p.p. è adottata una formulazione aperta, che supera la **tradizionale tendenza** della dottrina italiana a riconoscere quali prove documentali i soli **manufatti grafici**, attualmente la nozione di documento viene estesa ad ogni possibile base rappresentativa che la tecnologia consente di utilizzare, quale supporto di un contenuto probatorio. ☺

2 Art. 234 (Prova documentale). 1. E' consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo.

2. Quando l'originale di un documento del quale occorre far uso è per qualsiasi causa distrutto, smarrito o sottratto e non è possibile recuperarlo, può esserne acquisita copia.

3. E' vietata l'acquisizione di documenti che contengono informazioni sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità in generale delle parti, dei testimoni, dei consulenti tecnici e dei periti

3 Art. 254 (Sequestro di corrispondenza) - 1. Presso coloro che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni è consentito procedere al sequestro di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altri oggetti di corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica, che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere spediti dall'imputato o a lui diretti, anche sotto nome diverso o per mezzo di persona diversa, o che comunque possono avere relazione con il reato.

2. Quando al sequestro procede un ufficiale di polizia giudiziaria, questi deve consegnare all'autorità giudiziaria gli oggetti di corrispondenza sequestrati, senza aprirli o alterarli e senza prendere altrimenti conoscenza del loro contenuto.

3. Le carte e gli altri documenti sequestrati che non rientrano fra la corrispondenza sequestrabile sono immediatamente restituiti all'avente diritto e non possono comunque essere utilizzati