

L'AMPLIAMENTO DELLE IPOTESI DI IMPIEGO DEL "TROJAN HORSE"

Michele Nigro



1. La Legge 3/19 è intervenuta anche in tema di intercettazioni, con particolare riguardo alle comunicazioni tra presenti, ampliando le ipotesi in cui è consentito utilizzare il «captatore informatico applicato su un dispositivo elettronico» per la registrazione di scambi comunicativi avvenuti «nell’abitazione [...] o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi», pur in assenza del fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa.

Il funzionamento del “*trojan horse*”, anche definito “agente intrusore”, è ben spiegato da Cass., Sez. Un. 28 aprile 2016, n. 26889, in *Cass. pen.* 2016, 10, 3546: «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».

2. Fino al 2017, questo mezzo di ricerca della prova non era normativamente previsto, e la giurisprudenza aveva inquadrato l'impiego del “*trojan horse*” nell'art. 266, comma 2, C.p.p. come mezzo di intercettazione ambientale, la cui «natura itinerante» induceva ad escludere «la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 C.p., [...] non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2, C.p.p., che in detto luogo si stia svolgendo l'attività criminosa» (Cass., Sez. Un. 28 aprile 2016, n. 26889, cit.).

Tale regola subiva la sola eccezione, prevista dall'art. 13 del D.L. 152/91, delle indagini per i «delitti di criminalità organizzata» (oltre che per il delitto «di minaccia col mezzo del telefono»), in relazione ai quali è già stato da tempo previsto che, in presenza di indizi *sufficienti* (e quindi non *gravi*, come prescritto dall'art. 267 C.p.p.), si possa procedere alle *necessarie* (e quindi non *assolutamente indispensabili*) intercettazioni di scambi comunicativi intrattenuti tra presenti anche nei luoghi di cui all'art. 614 C.p. pur in assenza di una attività criminosa ivi in corso.

Il D.L.vo 216/17 nel codificare per la prima volta l'utilizzabilità del captatore informatico per l'intercettazione tra presenti (art. 266, comma 2, primo periodo), ha mantenuto ferma la regola (sancita per tutte le forme di intercettazione ambientale) per cui la captazione nei luoghi di cui all'art. 614 C.p. è consentita soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che ivi sia in corso l'attività criminosa, ma ha poi ampliato la disciplina derogatoria.

Da un lato, infatti, ha reso «sempre possibile» l'intercettazione ambientale nei «procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3 *bis* e 3 *quater*» C.p.p. (art. 266, comma 2 *bis*); dall'altro, ha esteso il regime delle intercettazioni cosiddette “antimafia” previste dal citato art. 13 del D.L. 152/91, ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (art. 6, comma 1), vietando però di effettuarle, solo in questo caso, nei luoghi di privata dimora ed assimilati in assenza di motivi per ritenere in corso di svolgimento l'attività criminosa (art. 6, comma 2).

Ebbene, con il recente intervento della “spazza corrotti”, la disciplina derogatoria è stata ulteriormente ampliata: l'impiego del captatore nei luoghi di privata dimora e assimilati è «sempre possibile», dunque anche in assenza di motivi per ritenere che vi sia in svolgimento l'attività criminosa, anche per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massi-

mo a cinque anni, ai sensi dell'art. 4 C.p.p., ossia considerando la pena edittale e le sole circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa e quelle ad effetto speciale, senza tenere conto della continuazione e della recidiva. Si tratta del peculato (art. 314, primo comma, C.p.), della concussione (art. 317) della corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318) anche dell'incaricato di pubblico servizio (art. 320), della corruzione propria (art. 319) anche dell'incaricato di pubblico servizio (art. 320), della corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter*), della induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater*) del peculato, della concussione, dell'induzione indebita a dare o promettere utilità, della corruzione e della istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 *bis*), della utilizzazione di invenzioni o scoperte conosciute per ragioni d'ufficio (art. 325), della interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità, nel caso in cui il pubblico ufficiale ne sia stato il capo, il promotore o l'organizzatore (art. 331, comma 2).

3. Pur essendo la Legge 3/19 in vigore già dal 31 gennaio 2019, la novità qui descritta opererà solo in relazione «alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 luglio 2019», visto che così recita la normativa transitoria del D.L.vo 216/17, che ha introdotto la disciplina derogatoria su cui si è innestata la novella in commento.

In realtà, occorre segnalare che la stessa legge (art. 1, comma 4, L. 3/19) che ha reso «sempre possibili» (dunque senza i limiti di cui all'art. 266, comma 2, C.p.p.) le intercettazioni ambientali con il captatore nei procedimenti per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ha anche abrogato (art. 1, comma 3, L. 3/19) la norma che, nell'estendere il ricorso alle intercettazioni cosiddette "antimafia" anche a quei delitti, ne vietava l'effettuazione nei luoghi di privata dimora in assenza di motivi per ritenere in corso di svolgimento l'attività criminosa (art. 6, comma 2, D.L.vo 216/17).

La conseguenza è che, a regime, potranno essere disposte intercettazioni in ambienti "privati" quando siano *assolutamente indispensabili* per indagare intorno ai già sussistenti *gravi indizi* di un reato (non necessariamente in corso di svolgimento in quell'ambiente) del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione con massimo edittale non inferiore a 5 anni. Ma, contemporaneamente, potranno essere

disposte per le stesse motivazioni, negli stessi ambienti e sulla base degli stessi presupposti (non necessario svolgimento dell'attività criminosa) intercettazioni "anti-mafia", che si caratterizzano per dover essere soltanto *necessarie* per indagare intorno ai *sufficienti* indizi di un reato (non necessariamente in corso di svolgimento in quell'ambiente) del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione con massimo edittale non inferiore a 5 anni.

Pertanto, si può ipotizzare che, in relazione ai reati indicati nell'articolo 266, comma 2 *bis*, la novella non troverà mai applicazione, in quanto si vedrà preferire, vista la maggior ampiezza del filtro e la maggior durata delle operazioni autorizzabili, l'applicazione del combinato disposto dell'art. 13, D.L. 152/91 e dell'art. 6, primo comma, D.L.vo 216/17.

4. L'estensione del catalogo dei delitti per i quali è consentita la "captazione informatica" anche nei luoghi di privata dimora in cui non necessariamente sia in corso l'attività criminosa ha imposto la modifica dell'art. 267, primo comma, terzo periodo.

Dopo aver codificato l'uso del *trojan*, il D.L.vo 216/17 ha stabilito che il decreto che autorizza la captazione, proprio perché potenzialmente «itinerante», indichi «*i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono*».

Ebbene, poiché, come abbiamo visto, la suddetta captazione è divenuta progressivamente «*sempre possibile*» per i delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater*, C.p.p. e poi per quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la recente novella ha modificato l'art. 267, primo comma, terzo periodo, stabilendo che, anche in relazione a questi ultimi non è necessaria l'indicazione dei luoghi e dei tempi di attivazione del microfono.