

ATTUALITÀ

FILIPPO MARCHETTI

Intercettazioni per mezzo del captatore informatico: tra potenzialità tecniche ed esigenze di garanzia

Lo scritto concentra l'attenzione sul captatore informatico come mezzo di esecuzione delle intercettazioni. Muovendo dall'analisi delle potenzialità tecniche dello strumento, il contributo si sofferma sulla disciplina nazionale specificamente a esso dedicata. Un ulteriore profilo di indagine riguarda la possibilità di impiego del captatore informatico nella ricerca della prova in ambito transnazionale, con particolare attenzione alle questioni di cooperazione giudiziaria con i Paesi dell'Unione europea. L'obiettivo è offrire un quadro complessivo che, partendo dalla regolamentazione nazionale, si apra alle sfide e alle opportunità di un uso transfrontaliero dello strumento nella contemporanea dimensione digitale della prova penale.

Interceptive Surveillance via Trojan virus: Technical Potential and Legal Safeguards

The present work focuses on the Trojan Horse virus as a means of carrying out interceptions. Taking as its point of departure the analysis of the technical capabilities of this tool, the paper examines the national regulatory framework specifically devoted to its use. A further line of inquiry concerns the potential deployment of the Trojan Horse virus in the gathering of evidence within a transnational context, with particular regard to issues of judicial cooperation with European Union Member States. The aim is to provide a comprehensive overview which, starting from the domestic regulation, extends to the challenges and opportunities associated with the cross-border use of this tool in the contemporary digital dimension of criminal evidence.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il captatore informatico come strumento per l'esecuzione di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni. - 3. L'attività di captazione consentita. - 4. Condizioni, presupposti di utilizzo del captatore e contenuti del decreto autorizzativo: nei procedimenti per delitti comuni. - 5. Segue: nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. - 6. Segue: nei procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione. - 7. Esecuzione delle operazioni: i soggetti coinvolti. - 8. Strumenti tecnici utilizzabili: tra garanzie di genuinità del materiale captato e prevenzione degli abusi. - 9. L'uso dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi. - 10. Le intercettazioni transfrontaliere nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea. - 11. Conclusioni.

1. *Premessa.* Da ormai un decennio, il captatore informatico domina la scena della disciplina processuale delle intercettazioni. L'utilizzo di tale strumento - avvenuto dapprima in via del tutto prasseologica e, poi, dopo l'approvazione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. con mod. L. 28 febbraio 2020, n. 7,

sulla base di una regolamentazione dettata *ad hoc* dal legislatore¹ – si è rivelato tanto insostituibile nell'accertamento dei fatti di reato, quanto fonte di interrogativi di non secondario momento. Se, infatti, risponde al vero l'assunto secondo cui le tecniche investigative devono reggere il ritmo della sempre crescente sofisticazione dei mezzi sui quali o con i quali sono commessi i reati, occorre parimenti prestare adeguata attenzione alla realizzazione di un equilibrio fra le esigenze di repressione del crimine, da un lato, e il necessario rispetto delle prerogative individuali, dall'altro², specialmente là dove si tratti

¹ L'introduzione della possibilità dell'impiego del captatore informatico all'interno del processo penale è avvenuta in associazione con la riforma delle intercettazioni, di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. Come è noto, l'*iter* che ha condotto, infine, all'approvazione della novella è stato contrassegnato da battute d'arresto e repentine accelerate: dapprima il parlamento delegava al governo l'adozione di decreti delegati per la revisione della disciplina delle intercettazioni (art. 1, co. 84 L. 23 giugno 2017, n. 103); l'esercizio della delega avveniva attraverso l'approvazione del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, che, pur entrato in vigore secondo le tempistiche ordinarie, avrebbe dovuto avere efficacia a partire da momenti differenti: dal centottantesimo giorno successivo all'entrata in vigore, per quanto riguardava le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7, e dopo il decorso di dodici mesi dalla medesima data in relazione all'art. 2, co. 1 lett. d). Tuttavia, i termini da ultimo richiamati venivano via via posticipati per effetto dell'approvazione di molteplici atti legislativi (d.l. 25 luglio 2018, n. 91, conv. con mod. L. 21 settembre 2018, n. 198, L. 30 dicembre 2018, n. 145, d.l. 14 giugno 2019, n. 53). Infine, il legislatore è intervenuto (d.l. 161/2019, conv. con mod. L. 7/2020), modificando in modo sostanziale le disposizioni di riforma e fissando l'acquisto di efficacia a partire dai procedimenti iscritti dopo il 30 aprile 2020 per le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7, e a decorrere dal 1° maggio 2020 per l'art. 2, co. 1 lett. d) (termini ulteriormente spostati, rispettivamente, al 31 agosto 2020 e al 1° settembre 2020 dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28). Sul punto, BENE, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di Ead., Bari, 2018, 15 ss.; CAMON, *Alcuni tratti della riforma*, in www.la legislazione penale.eu, 24 novembre 2020; DELL'ANNO-ZAMPAGLIONE, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, in *Riforma Orlando - I nuovi decreti delegati*, a cura di Spangher, Pisa, 2018, 19 ss.; GAMBARDELLA, *La disciplina transitoria del captatore informatico*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, a cura di Giostra-Orlandi, Torino, 2020, 389 ss.; ID., *Entrata in vigore e profili di diritto transitorio*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di Giostra-Orlandi, Torino, 2018, 159 ss.; FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 453 ss.; GIALUZ, *Premessa*, in *Diritto di Internet*, 2020, suppl. 3, 1 ss.; MARANDOLA, *Intercettazioni: le nuove forme e modalità. L'archivio digitale*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, a cura di Diddi-Filippi-Marandola, Pisa, 2020, 1 ss.; RUGGIERI, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 932 ss.; SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen. web*, 2020, 1, 1 ss.; SPANGHER, *La (contro)riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Studium Iuris*, 2020, 529 ss. Sulle problematiche di diritto intertemporale commesse alla novella: MARZADURI, *L'applicazione delle disposizioni nel tempo*, in www.la legislazione penale.eu, 24 novembre 2020.

² Cfr. FIORUCCI, *La vicenda dei criptofonini: le questioni aperte in attesa dell'imminente intervento delle Sezioni Unite*, in *PenaleDP*, 2024, 47 ss.; GRIFFITHS-JACKSON, *Digital Evidence, Police Investigations, and Lessons Learned from EncroChat: Is It Time for a new Framework for the Admission of Digital and Communication Evidence?*, in *Criminal Law Review*, 2024, 7, 438.

del diritto alla libertà e alla riservatezza delle comunicazioni, il cui statuto di garanzia si presta, più di altri, a evolvere di pari passo con l'innovazione delle tecnologie di intrusione nella sfera comunicativa riservata³.

Donde l'interesse per un'analisi dei principali profili di specialità della normativa in tema di captatore informatico, al fine di verificarne la rispondenza alle esigenze di proporzionalità e di legalità che permeano la materia⁴. In questa prospettiva, dopo una breve panoramica sulle potenzialità investigative del virus informatico, si procederà con una disamina della sua disciplina processuale con particolare riferimento alle condizioni di impiego in funzione captativa di comunicazioni o conversazioni, all'esecuzione delle operazioni, all'utilizzabilità del materiale raccolto in un procedimento diverso e, infine, al possibile uso dello strumento come mezzo di ricerca della prova transfrontaliero.

2. Il captatore informatico come strumento per l'esecuzione di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni. L'utilizzo investigativo del c.d. captatore informatico è iniziato ben prima della sua consacrazione legislativa. È, peraltro, interessante osservare come la prima traccia della sua comparsa nella prassi

³ Per una completa ricostruzione del fondamento e della tutela del diritto alla segretezza delle comunicazioni a partire dall'epoca liberale sino all'avvento delle tecnologie digitali, si rinvia allo studio monografico di ZECCA, *Tutela costituzionale della segretezza delle comunicazioni ed evoluzione tecnologica. Uno studio comparato*, Napoli, 2023, 41 ss.

⁴ Nello stesso senso, ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 541, il quale ricorda come la capacità del captatore informatico di incidere su diritti fondamentali dell'individuo imponga particolari cautele, fra cui vi sono certamente la «riserva di legge dei casi e modi della limitazione del diritto stesso nonché motivata autorizzazione giudiziale nel rispetto del principio di proporzionalità». Analogamente, MURRO, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Milano, 2024, 244 ss.

Anche a livello sovranazionale, si è posto l'accento sulla necessità che l'intrusione nella sfera privata, di cui all'art. 8 C.E.D.U., che sia realizzata per mezzo di strumenti tecnologici avanzati, rispetti alcune garanzie, quali, solo per fare qualche esempio, il controllo circa la proporzionalità della misura adottata e la verifica della sua necessità. In tal senso: Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, *Centrum för rättvisa c. Svezia*, §279 ss.; Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, § 350 ss.; Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*, § 233. In dottrina, BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kistoris, Milano, 2025, 199 ss.; BONETTI, *Sub art. 8 C.E.D.U.*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2022, 348; MANES-CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, 281 ss.

applicativa dia conto di come esso venisse utilizzato anche per finalità differenti rispetto all'intercettazione di comunicazioni, e precisamente in funzione dell'acquisizione di dati⁵ nella forma della copia informatica⁶. Le potenzialità dello strumento, infatti, trascendono quelle di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., dal momento che possono spingersi fino al controllo da remoto del dispositivo bersaglio, consentendo, pertanto, all'apparecchio controllante di esercitare tutte le funzioni di quello controllato. Ne deriva che, a seconda dei casi, l'atto compiuto può qualificarsi ora come ispezione, ora come perquisizione, ora come sequestro, ora, infine, come attività di pedinamento informatico e di acquisizione dei dati di accesso alla rete internet⁷. Non v'è, tuttavia, dubbio sul

⁵ Si veda, in tal senso, Cass., Sez. V, 14 ottobre, 2009, n. 16556, Rv. 246954, in cui il captatore è stato utilizzato per acquisire copia della documentazione informatica memorizzata sul *personal computer* dell'imputato. In seguito, anche Cass., Sez. IV, 12 aprile 2012, n. 19618, in *Cass. Pen.*, 2013, 1523 ss., con nota di BONO, *Il divieto di indagini ad explorandum include i mezzi informatici di ricerca della prova*.

⁶ Sulla difficoltà di collocare la copia dei dati informatici entro le tradizionali categorie dogmatiche degli atti investigativo/probatori, si vedano SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 223 ss. e VELE, *Aspetti critici del documento probatorio "screenshot" e acquisito mediante il captatore informatico*, in *Arch. pen. web*, 2024, 1, 1 ss., ai quali si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

Si tenga presente che, recentemente, è stato presentato un progetto di legge, di iniziativa parlamentare, il quale intende inserire, per quanto qui di interesse, l'art. 254-ter c.p.p. Quest'ultimo, in particolare, si impernia su di un procedimento trifasico, costituito, anzitutto, dal sequestro di dispositivi e sistemi informatici o digitali o di memorie digitali, in seconda battuta, dalla realizzazione di una copia informatica delle cose sequestrate nelle forme dell'accertamento tecnico (durante le indagini preliminari) e della perizia (in giudizio), e, infine, dalla selezione del materiale, secondo i criteri di necessità e proporzionalità. In argomento, CAIANIELLO, *Ancora in tema di sequestro di dispositivi, sistemi informatici o telematici o memorie digitali*, in *www.sistemapenale.it*, 3 luglio 2025; DELLA TORRE, *Spunti di riflessione sulla proposta di legge in materia di sequestro di dispositivi e di dati*, *ivi*, 19 giugno 2025; LORENZETTO, *I sequestri di smartphone, dispositivi informatici e memorie digitali*, in *Indagini e prove nella società digitale*, a cura di Di Paolo-Pressacco, Napoli, 2025, 119 ss.; SIGNORATO, *Il sequestro di dispositivi e informazioni digitali*, in *www.sistemapenale.it*, 11 giugno 2025; TORRE, *L'acquisizione dei contenuti delle chat whatsapp nel prisma della legalità probatoria: la Cassazione recepisce la decisione della Consulta e anticipa il legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 767 ss.

⁷ Per una ricognizione delle potenzialità tecniche del captatore informatico, fra gli altri, APRATI, *Captatore informatico: lo strumento e l'impiego*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, a cura di Maggio, Torino, 2023, 248 ss.; CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 91; CANESCHI, *Le nuove indagini tecnologiche e tutela dei diritti fondamentali. L'esperienza del captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 418 ss.; CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. Direito Proc. Pen.*, 2019, 487 ss.; CUOMO, *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio-Lupária Donati, Milano, 2025, 766 ss.; FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 5, 123; FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itine-*

fatto che uno degli impieghi di maggior rilievo sia quello funzionale a eseguire un'intercettazione telefonica o telematica, da intendersi - secondo l'insegnamento della Corte di cassazione, nella sua massima composizione - «nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato»⁸.

Ciononostante, sul banco della prassi applicativa, l'attenzione si è concentrata, quasi esclusivamente, sull'uso del congegno per lo svolgimento di intercetta-

rante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico), in *Arch. pen.*, 2016, 351; MIRAGLIA, *Il “Trojan (non) di Stato”: una disciplina da completare*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 1228 ss.; NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, Milano, 2020, 28; PARLATO, *Le perquisizioni on-line: un tema che resta un tabù*, in *Revisioni normative*, cit., 337 ss.; SCERBO, *Equilibrio tra esigenze di tutela della sicurezza collettiva e tutela delle libertà fondamentali. Nuove tecnologie nella giustizia penale? A.I. (artificial intelligence), Trojan horse (captatore informatico) e gestione dei dati da parte dell'autorità come case studies*, in *Arch. pen. web*, 2024, 1, 27 ss.

Fuori dal contesto del processo penale in senso stretto, il captatore informatico sembrerebbe rinvenire un campo di applicazione privilegiato nell'ambito delle investigazioni digitali sotto-copertura di cui alla L. 16 marzo 2006, n. 146, così come da ultimo modificata dalla L. 9 ottobre 2023, n. 137, ove può essere impiegato per operazioni di *on-line search or surveillance*. Sul punto, CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La c.d. legge ‘spazzacorrotti’. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di Iasevoli, Bari, 2019, 209 ss.; CIAMPI, *Legge n. 137 e investigazioni (digitali) sotto copertura: la cedevolezza del “modello sostanzialista”, l'assenza di uno statuto processuale, la necessità di una rivoluzione copernicana all'approccio alla materia*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 731 ss.; DANIELE, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 393 ss.; NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., 37 ss.; TROISI, *Operazioni digitali sotto copertura*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, 2019, 619 ss.; ID., *Le investigazioni digitali sotto copertura*, Bari, 2022, 111 ss.

Un esempio di uso, benché illegittimo, di *spyware* in tal senso è offerto dalla vicenda *Paragon Solutions*, dal nome dell'azienda produttrice di un programma (*Graphite*), che - per politica aziendale, concesso in licenza soltanto alle agenzie di intelligence di Stati democratici - è stato utilizzato per attività di sorveglianza illegale a danno di giornalisti e operatori di organizzazioni non governative, suscitando più di una perplessità per l'attacco alla libertà di comunicazione, al diritto alla riservatezza, alla libertà di espressione e di informazione. Sul punto, PUPO, *Il caso Paragon Solutions: spyware e segreti*, in *OsservatorioAIC*, 2025, 4, 1 ss.

⁸ Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. Pen.*, 2004, 2094 ss., con nota di FILIPPI, *Le Sezioni Unite decretano la morte dell'agente segreto “attrezzato per il suono”*. Sulla definizione di intercettazione di comunicazioni e conversazioni, in dottrina, BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 179; GROSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 889 ss.; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 3 ss.; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 27 ss.

zioni di comunicazioni tra presenti, innescando un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale intorno alla legittimità e ai presupposti del ricorso a tecniche captative assai invasive e occulte, qual è quella in esame, in assenza di alcuna base legale (e, dunque, in frizione con la riserva di legge cristallizzata nell'art. 15 Cost.)⁹.

Non è questa la sede per ripercorrere le ragioni dell'una e dell'altra opinione; sia pertanto sufficiente ricordare come la questione dibattuta ruotasse attorno alla natura da attribuire alla previa individuazione – all'interno del provvedimento giudiziale di autorizzazione – dei luoghi di svolgimento della captazione della comunicazione fra persone presenti, e in particolare se essa costituisse un requisito imprescindibile delle operazioni di intercettazione¹⁰, ovvero una mera precisazione funzionale all'attuazione del mezzo di ricerca della prova di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p.¹¹.

È noto, al riguardo, come prese di posizione oscillanti fra i due poli opposti della contesa abbiano portato alla rimessione della questione alle Sezioni unite, che, non senza destare reazioni contrastanti, hanno fatto propria la seconda tesi, limitando, tuttavia, la possibilità di ricorrere al captatore informatico nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, in ragione della maggiore permissività della disciplina applicabile a questi ultimi. In questo senso, infatti, partendo dal presupposto che, solo per i fatti rientranti nell'ambito di tale categoria criminologica, la captazione domiciliare possa prescindere dal re-

⁹ In questa prima fase, non si registrano contrasti interpretativi in ordine all'impiego del captatore informatico per aggirare i metodi di criptazione di messaggi e conversazioni in uso all'interno dei sistemi di comunicazione, basati su tecnologie VoIP ed *end-to-end*, benché le maggiori potenzialità dello strumento si colgano proprio con riferimento alla sua capacità di bypassare tali ostacoli, rendendo ragionevole supporre che esso venisse, già allora, utilizzato a tale scopo. In argomento, APRATI, *Captatore informatico: lo strumento e l'impiego*, cit., 257; FITSANAKIS, *Redesigning Wiretapping. The Digitalization of Communications Interception*, Cham, 2020, 86 ss.; ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3834; PARODI, *VoIP, Skype e tecnologie d'intercettazione: quali risposte d'indagine per le nuove frontiere delle comunicazioni?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1309 ss.

¹⁰ Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, Musumeci, Rv. 265654. Per un'analisi della pronuncia, si veda DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di Giarda-Giunta-Varraso, Milano, 2018, 169-170.

¹¹ Per una disamina delle relative posizioni, BONTEMPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 20 dicembre 2018; PALMIERI, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 61 ss.

quisito della *suspicio perdurantis criminis*¹², il massimo consesso nomofilattico ha ritenuto che, in tutti gli altri casi, l'uso del *virus* informatico non avrebbe consentito di verificare il rispetto dei rigorosi criteri previsti in tema di intercettazione da eseguirsi all'interno dei locali *ex art.* 614 c.p.¹³, e dovesse pertanto ritenersi precluso.

A prescindere dalla bontà o meno degli argomenti utilizzati¹⁴, il bilanciamento di valori realizzato dal *dictum* della Corte non poteva reggere a lungo per di-

¹² Come è risaputo, infatti, secondo la disciplina approntata dai *conditores*, all'art. 266, co. 2 c.p.p., l'intercettazione eseguita all'interno del domicilio risulta legittima solo se vi è il fondato timore che in tale luogo si stia svolgendo l'attività criminosa. Si tratta di un aggravamento dei presupposti di utilizzo dello strumento captativo in linea con la scelta di fornire una maggiore protezione alla vita privata e familiare e alla intimità delle relazioni sociali, che si svolgono all'interno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p. In argomento, anche dal punto di vista storico, CAMON, *Sub art. 266 c.p.p. (testo anteriore alla riforma)*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati-Giuliani, Milano, 2020, 1095; ID., *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 182 ss.; CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 172; FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati e valori costituzionali*, Pisa, 2021, 25 ss.; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 47 ss.; SCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale e questioni applicative in tema di intercettazioni ambientali compiute in luogo di privata dimora*, in *Cass. Pen.*, 1995, 992 ss.

Mentre, per quanto riguarda i reati rientranti nella sfera della criminalità organizzata, il requisito in parola non viene richiesto, ai sensi dell'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con mod. L. 12 luglio 1991, n. 203.

Per precisazioni in ordine ai presupposti per eseguire un'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, v. *infra* la nota n. 28, nonché i §§ 5 e 6.

¹³ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 379 ss., con commento di BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 5, 118, con nota di FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale*, cit.; in *Arch. pen.*, 2016, 309 ss., con commento di GAITO-FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 7 ottobre 2016, con nota di LASAGNI, *L'uso dei captatori informatici nelle intercettazioni "fra presenti"*; e in *Cass. Pen.*, 2016, 3565 ss., con nota di NOCERINO, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*.

¹⁴ Oltre a quanto indicato nel testo, la sentenza delle Sezioni unite in rassegna aveva destato perplessità in ragione dell'accoglimento di una nozione di criminalità organizzata assai ampia, e come tale ricomprendente, non solo i reati di criminalità mafiosa, ma anche tutte le fattispecie associative di cui all'art. 416 c.p., con esclusione del mero concorso di persone, sulla scia di Cass., Sez. un., 22 marzo 2005, n. 117706, in *Corr. mer.*, 2005, 830, con commento di LEO, *La nozione processuale di criminalità organizzata*.

Sul punto, in dottrina, APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico*, in *Cass. Pen.*, 2021, 446; BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, cit., 384; PELOSO, *La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, 156 ss.; ORLANDI, *Il pro-*

verse ragioni. In questa prospettiva, si può ricordare, anzitutto, come la limitazione dell'uso del captatore informatico entro il solo ambito dei procedimenti per fatti di criminalità organizzata avrebbe fatto perdere i vantaggi del mezzo di ricerca della prova in parola per l'accertamento di altri delitti, anche gravi.

In secondo luogo, si è osservato come la disciplina delle intercettazioni allora vigente nascesse da una ponderazione degli interessi in gioco non più attuale. Come a dire che nel «delineare i “casi”, i “modi” e le “garanzie” dell'intercettazione, e nel bilanciare le esigenze di investigazione penale con la salvaguardia del diritto alla segretezza delle comunicazioni e del diritto all'intimità domiciliare, il legislatore del 1988 non poteva mettere nel conto i gravi attentati alla *privacy* che si sarebbero consumati nell'epoca della *smartphone addiction* e dei cavalli di Troia informatici»¹⁵.

Da un altro punto di vista, analogo, ma più generale, si è posto l'accento sul *deficit* di determinatezza delle disposizioni codicistiche - e nello specifico, sul fatto che mancasse nel codice di procedura penale qualunque riferimento alla tipologia degli strumenti di captazione. In questo senso, si è detto che «tale *deficit* appariva sempre meno tollerabile in una materia coperta da riserva di legge circa i “modi” e le “garanzie” dell'atto di indiscrezione visiva e acustica. Il legislatore poteva dare per scontato che cosa fosse e come potesse venire effettuata un'intercettazione di comunicazioni tra presenti quando lo strumentario a disposizione degli inquirenti si riduceva alla microspia o al registratore da posizionare nel luogo in cui si ipotizzava che si sarebbe svolto il colloquio da intercettare. Ma è difficile ammettere che possa ancora farlo oggi, in presenza di modalità diversificate - e assai diversamente aggressive - di attacco alla sfera comunicativa riservata»¹⁶.

cedimento penale per fatti di criminalità organizzata dal maxi-processo al «grande processo», in Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi, a cura di Giostra-Insolera, Milano, 1995, 83 ss.

In ordine alla definizione di criminalità organizzata accolta successivamente dal legislatore v. *infra* § 5.

¹⁵ CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova*, cit., 494.

¹⁶ CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova*, cit., 495.

Esigenze di legalità venivano richiamate anche nella presa di posizione dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia”, trasfusa nel documento dal titolo *Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d. “trojan”): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani*, pubblicato in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 7 ottobre 2016. Per una breve disamina del testo: ORLANDI, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. pen. web*, 25 luglio 2016; RENZETTI, *Una*

Non basta, l'intrusione nel dispositivo attraverso un *malware* spesso richiede, a causa della complessità tecnica delle operazioni di installazione, l'ausilio di soggetti privati, il cui coinvolgimento, per evidenti ragioni di riservatezza, deve essere limitato al minimo, nonché previsto entro confini fissati dalla legge¹⁷.

Infine, rimanevano privi di regolamentazione alcuni aspetti particolarmente significativi in tema di indagini digitali: i modi con cui garantire l'integrità e la genuinità dei dati trasmessi, il controllo circa il rispetto dei limiti imposti dal provvedimento autorizzativo, e la sorte del *virus* una volta conclusa l'intercettazione.

3. *L'attività di captazione consentita*. Pressoché ognuno degli interrogativi rimasti aperti a seguito dell'intervento delle Sezioni unite ha trovato risposta – adeguata o insufficiente che sia – da parte del legislatore¹⁸. Di seguito si analiz-

riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 aprile 2018.

¹⁷ Un argomento in tal senso può essere ricavato anche dalla scelta legislativa, da un lato, di privilegiare l'uso degli impianti installati presso la procura della Repubblica anziché quelli di pubblico servizio e, dall'altro, di consentire la delega all'esecuzione delle operazioni ai soli ufficiali di polizia giudiziaria, là dove si consideri che al fondo di tali opzioni si colloca la preoccupazione per la tutela della riservatezza delle comunicazioni: così FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 114.

La conclusione tratta nel testo sembrerebbe, d'altra parte, trovare autorevole avallo in una pronuncia dei giudici di Palazzo della Consulta, in cui si è sottolineata la necessità che la disciplina delle intercettazioni assicuri «garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche, in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione»: così, Corte cost., 21 marzo 1973 n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 317 ss., con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, nonché Corte cost., 20 marzo 1975 n. 120, in www.giurcost.org. Dall'insegnamento della Corte costituzionale, infatti, si potrebbe agevolmente ricavare il corollario secondo cui la funzione di sorveglianza dell'autorità giudiziaria non debba essere limitata all'attività della polizia giudiziaria, ma essere estesa anche a quella degli eventuali privati che partecipino alle operazioni di intercettazione.

Per un cenno all'argomento, GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche: artt. 6-9 DL 21 marzo, n. 59, convertito nella L. 18 maggio 1978, n. 191*, Milano, 1979, 43; PACE, *Sub art. 15 Cost.*, in *Commentario della costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1977, 107 ss.; nonché, di recente CASATI, *Le intercettazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, vol. XXII, Milano, 2023, 194 ss.

¹⁸ Per l'analisi dei passaggi che hanno condotto alla riforma delle intercettazioni si rinvia alla dottrina citata all'interno della nota n. 1. Va, peraltro, osservato come, a seguito dell'intervento delle Sezioni unite, siano stati presentati numerosi progetti di legge, di iniziativa parlamentare, per regolamentare l'uso del captatore informatico, i quali, tuttavia, sono decaduti a seguito della formulazione del disegno di legge governativo. Per una panoramica, CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova*, cit., 503 ss.; CURTOTTI-NOCERINO, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari-Bonzano-La Regina-Mancuso, Milano, 2017,

zeranno i profili che, a causa di un uso poco accorto della tecnica legislativa o per scarsa attenzione, hanno generato i più intricati nodi interpretativi.

Anzitutto, mette conto segnalare – in via preliminare – come lo sforzo riformista abbia prodotto una definizione di captatore informatico, prima di allora lasciata alla sensibilità dell'interprete. In questa prospettiva, l'art. 1, lett. m) d.m. 6 ottobre 2022, recante disposizioni per l'individuazione delle prestazioni funzionali alle operazioni di intercettazione e per la determinazione delle relative tariffe, stabilisce che per captatore informatico (o elettronico) deve intendersi «un sistema dissimulato, inoculato da remoto, che, eliminando gli effetti che impediscono la conoscenza della comunicazione o dei dati, permette la intercettazione in chiaro dei contenuti audio video e dei dati scambiati o consente l'intercettazione tra presenti, e raccoglie da remoto le posizioni assunte dall'apparato sul territorio».

Si tratta, pertanto, di un *malware*, ovvero sia di un programma informatico, che consente di prendere il controllo a distanza di un apparecchio-bersaglio attraverso una connessione di rete da parte di un altro apparecchio-controllante. Esso si compone, nello specifico, di due elementi: uno, detto *server*, viene installato sul dispositivo *target* ed è in grado di ricevere informazioni e di far eseguire al *device* praticamente ogni operazione; mentre l'altra componente è costituita da un *software*, detto *client*, che consente sia la ricezione delle informazioni dal *server*, sia la possibilità di dare istruzioni a quest'ultimo. Per poter funzionare, occorre che il *malware*, nella sua componente *server*, venga inoculato nel dispositivo *target*. Ciò che può avvenire in molteplici e differenti modi: il più diffuso è quello che fa leva sull'invio tramite la rete internet di un *software* di tipo *Trojan*, costituito da una parte nota all'utente e una sconosciuta, che crea un collegamento occulto tra il dispositivo bersaglio e quello controllante. Detto diversamente, questo tipo di *software* può infettare il dispositivo bersaglio, ad esempio attraverso il *download* di un'applicazione, oppure con l'apertura di una mail o di un *link*. Un'altra modalità riposa, invece, su di un intervento materiale sul dispositivo bersaglio, vale a dire a livello di *hardware*. Ovviamente, questa metodica di inoculazione richiede l'apprensione del dispositivo da infettare, che, pertanto, dovrebbe es-

562 ss.; RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018, 112 ss.

sere lasciato incustodito, ovvero essere sottratto in modo palese od occulto a colui che lo detiene¹⁹.

Per quanto riguarda il suo impiego procedimentale, la relativa disciplina è solcata da un riferimento diffuso e costante all'inserimento del captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile per eseguire un'intercettazione di comunicazione di persone presenti, a partire dalla definizione delle condizioni di ammissibilità (art. 266 c.p.p.), per concludere con i limiti di utilizzabilità (artt. 270 e 271 c.p.p.), passando attraverso i contenuti del decreto autorizzativo e l'esecuzione delle operazioni (artt. 267 e 268 c.p.p.).

Siffatto richiamo ha fatto dubitare della legittimità, a valle dalla novella, del ricorso al virus per eseguire attività diverse da quelle oggetto di menzione espressa²⁰, e in particolare captazioni di comunicazioni col mezzo del telefono o con strumenti telematici²¹.

Sul punto, si fronteggiano due schieramenti interpretativi, ciascuno dei quali fa perno su argomenti antitetici. Secondo una parte della dottrina, il silenzio legislativo costituirebbe un ostacolo insormontabile alla facoltà di adoperare il captatore per intercettare scambi comunicativi realizzati a distanza, argomen-

¹⁹ APRATI, *Captatore informatico: lo strumento e l'impiego*, cit., 248 ss.; BRIGHI, *Requisiti tecnici, potenzialità e limiti del captatore informatico. Analisi sul piano informatico-forense*, in *Revisioni normative*, cit., 231 ss.; GRIFFO, *Il captatore informatico e la filosofia del doppio binario*, Napoli, 2019, 187 ss.; TORRE, *Il captatore informatico*, Milano, 2017, 21 ss.

²⁰ Ancora privi di una regolamentazione specifica sono gli impieghi del captatore al fine di compiere attività investigative diverse dall'intercettazione. Al riguardo, CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 499 ss.; MANCUSO, *Le acquisizioni mediante captatore informatico non disciplinate dalla legge*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, cit., 193 ss.; MIRAGLIA, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, cit., 1232 ss.

²¹ Anche la menzione dei soli strumenti elettronici portatili ha portato alla formazione di dubbi interpretativi, e nello specifico a domandarsi se il captatore informatico possa essere inoculato su supporti fissi per procedere a un'intercettazione ambientale. Alla tesi negativa, argomentata a partire dal principio di legalità (ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici*, cit., 545), alcuni autori contrappongono una soluzione positiva, sul presupposto che il legislatore non avrebbe menzionato tali apparecchi dal momento che, non essendo mobili, non pongono problemi dal punto di vista della individuazione del luogo in cui eseguire la captazione (così PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 217).

Secondo CANESCHI, *Le nuove indagini tecnologiche e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 423, allo stato attuale, «le intercettazioni tramite captatore disposte su un dispositivo fisso potrebbero essere ricondotte in via interpretativa solo alla disciplina delle intercettazioni telematiche di cui all'art. 266-bis c.p.p.». In argomento, anche AGOSTINO-PERALDO, *Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali*, in *Diritto di Internet*, 2020, suppl. 3, 76.

tando a partire dal principio di legalità e dalla riserva di legge, di cui all'art. 15 Cost.²². Altri interpreti, invece, assunto un diverso punto di vista, ritengono che dovrebbe considerarsi ammesso l'uso del captatore informatico qualora tale strumento costituisca «solo una speciale metodica di attività investigative già regolate, che non ne approfondisce la lesività»²³, e quindi certamente per l'esecuzione di un'intercettazione telefonica o telematica²⁴.

Ora, pur sottolineando come il legislatore debba prestare maggior cura nella tecnica normativa, in particolare ove gli istituti del processo penale siano destinati a limitare diritti costituzionalmente garantiti, sembrerebbe che la tesi più corretta sia la seconda: le regole contenute nel codice di procedura penale si disinteressano, in via generale, dell'armamentario tecnico con cui vengono eseguite le operazioni captative (microspie, microfoni direzionali o altro). Tale circostanza, anche se oggetto – come già ricordato – di fondate critiche a opera della dottrina²⁵, non ha, però, mai fatto dubitare della legittimità del ricorso a tali strumenti, e ciò dovrebbe valere anche per il captatore informatico, a patto, evidentemente, che vengano rispettati, sia le garanzie previste dalla legge per questo tipo di intercettazione, sia i limiti posti dal decreto di autorizzazione del giudice²⁶.

²² BENE, *“Il re è nudo”*: anomie disapplicative a proposito del captatore informatico, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 3; CURTOTTI-NOCERINO, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, cit., 572; FILIPPI, *Il cavallo di Troia e l'ispe-perqui-intercettazione*, in *www.penaledp.it*, 21 marzo 2022; ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici*, cit., 545.

²³ Così BRONZO, *Anmissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico*, in *Revisioni normative*, cit., 261. Analogamente APRATI, *Captatore informatico: lo strumento e l'impiego*, 258; CANESCHI, *Le nuove indagini tecnologiche e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 422-423; RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 119. Per una ricognizione delle opinioni espresse in materia: DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 177.

²⁴ La tesi qui sostenuta pare essere accolta, quantomeno implicitamente, anche dalla giurisprudenza, là dove ammette l'uso del materiale raccolto con il captatore informatico in un procedimento diverso, alle condizioni previste dall'art. 270, co. 1 c.p.p., se ottenuto attraverso una captazione di comunicazione a distanza o telematica, ovvero, ai sensi dell'art. 270, co. 1-bis c.p.p., se frutto di un'intercettazione ambientale: così Cass., Sez. IV, 20 giugno 2024, n. 25401, in *D&G*, 28 giugno 2024, con commento di SALLERNO, *L'utilizzabilità delle intercettazioni operate mediante captatore informatico, autorizzate in altro procedimento*, in *www.altalex.com*, 4 luglio 2024, con nota di GIORDANO, *La circolazione delle intercettazioni effettuate con il trojar*, in *Giur. it.*, 2024, 2202, con osservazioni di SPANGHER, *Intercettazioni in procedimento separato e uso del trojar*, Cass., Sez. VI, 8 marzo 2018, n. 45486, Rv. 274934.

²⁵ Sul punto, in particolare, CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova*, cit., 495.

²⁶ Va da sé che, anche nell'ipotesi in commento, devono essere utilizzati programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministero della Giustizia, ai sensi dell'art. 89, co. 2 disp. att. c.p.p.

4. *Condizioni, presupposti di utilizzo del captatore e contenuti del decreto autorizzativo: nei procedimenti per delitti comuni.* Come sottolineato in dottrina, un tratto di assoluta novità della riforma rispetto all'elaborazione giurisprudenziale precedente si coglie nella scelta legislativa di consentire l'uso del captatore informatico nei procedimenti per tutti i reati di cui all'art. 266 c.p.p., e non solo in quelli per fatti di criminalità organizzata²⁷. Siffatta opzione riflette un preciso indirizzo di politica criminale, incentrato sull'estensione generalizzata del campo applicativo del mezzo di ricerca della prova in esame, accompagnata dalla contestuale forgiatura di diversi regimi giuridici, tra loro differenti quanto a presupposti sostanziali e contenuti del decreto autorizzativo, a seconda del titolo di reato per cui si procede²⁸. In questo senso, si distinguono quattro binari: uno più rigoroso, dedicato ai reati comuni; due più permissivi per gli illeciti di criminalità organizzata; e, infine, uno, che si colloca in posizione intermedia, per gravi delitti contro la pubblica amministrazione commessi dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio²⁹.

Cominciando dal primo, si osserva come esso si regga su due presupposti fondamentali, che devono, peraltro, trovare esplicita consacrazione nel provvedimento di autorizzazione adottato dal giudice, secondo lo schema della

Attualmente, le specifiche sono definite dal d.m. 20 aprile 2018, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it. Per ulteriori considerazioni si veda *infra* § 8.

²⁷ DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24 novembre 2020, 51.

²⁸ Sul punto, va rammentato che i requisiti per disporre l'intercettazione con il captatore informatico si aggiungono, e non già sostituiscono, a quelli richiesti per poter autorizzare l'operazione captativa *tout court ex artt. 266 e 267 c.p.p.*, vale a dire la sussistenza di gravi indizi di reato e l'assoluta indispensabilità dell'intercettazione per la prosecuzione delle indagini. Per quanto riguarda, invece, i reati di criminalità organizzata, a cui si applica il d.l. 152/1991, conv. con mod. L. 203/1991, quest'ultimo richiede solo la necessità per lo svolgimento delle indagini, in presenza di sufficienti indizi di reato. In ordine a tali profili, si rinvia alle opere monografiche di CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 68 ss.; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 71 ss.; MANCA, *Legislazione antimafia*, Milano, 2023, 198 ss.; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 3 ss.; nonché a APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. II, t. 1, Torino, 2009, 523 ss.; FÜRFARO, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali, di programmi informatici o di tracce pertinenti in un sistema informatico o telematico*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 570 ss.; GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di Id., Bari, 1993, 16 ss.; GREVI-ILLUMINATI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, Milano, 2023, 348 ss.; RENON, *Il processo penale all'impatto con il fenomeno della criminalità organizzata*, in *Legislazione antimafia*, a cura di Pignatone, Pavia, 2021, 70 ss.

²⁹ In tal senso, DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, cit., 51.

motivazione rafforzata³⁰. Nel dettaglio, l'art. 267, co. 1 c.p.p. richiede che l'atto appena menzionato esponga, con giustificazione autonoma, le specifiche ragioni che rendono necessaria, in concreto, tale forma di svolgimento delle indagini, e indichi altresì il luogo e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Soffermando, innanzitutto, l'attenzione sulla prima condizione, incentrata sulla necessità di tale modalità di indagine, se ne coglie, agevolmente, la ragion d'essere: far sì che l'adozione di questa particolare metodica di investigazione sia residuale rispetto alle altre a disposizione degli inquirenti. In altre parole, nell'ottica del legislatore, devono sempre essere preferiti i tradizionali, e meno intrusivi, sistemi di intercettazione, ove questi ultimi possano garantire adeguati risultati investigativi³¹.

Sul punto, occorre, semmai, tentare di sciogliere il riferimento - introdotto dal d.l. 10 agosto 2023, conv. con mod. L. 9 ottobre 2023, n. 137³² -

³⁰ In termini analoghi, NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Milano, 2021, 90; nonché, più in generale, CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilius curiae*, Milano, 2021, 581, secondo il quale il dettato normativo prevederebbe *ex professo* un obbligo «motivativo a sé stante». Cfr. la *Relazione sulla legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo corte suprema di cassazione, n. 35/2020, del 23 marzo 2020, 9, consultabile su www.sistemapenale.it, 31 marzo 2020.

³¹ Cfr. PARODI, *Intercettazioni: ancora rilevanti novità con la conversione in legge*, in www.ius.giuffrè.it, 9 ottobre 2023; SCARPINO, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche ed ambientali*, in www.penaledp.it, 20 gennaio 2023.

La disposizione si rapporta, peraltro, con il principio di proporzionalità, in base al quale, per quel che qui interessa, lo strumento che reca il maggior pregiudizio a un diritto fondamentale può essere impiegato solo quando istituti meno invasivi non potrebbero portare al medesimo risultato. Sul punto, fra gli altri, BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigative*, Napoli, 2022, 215 ss.; CAIANIELLO, *Principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 143 ss.; CALÒ, *Proporzionalità e cautele reali*, Bari, 2022, 18 ss.; CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1211; NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in AA. VV., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano, 2019, 55 ss.; NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 176 ss.; ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1142; TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano, 2017, *passim*; TORRE, *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1433 ss.

³² Per un'analisi della riforma in parola, NOCERINO, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, in www.la-legislazionepenale.eu, 17 febbraio 2025.

all'esigenza che tale caratteristica si manifesti in concreto³³. Orbene, il richiamo sembra alludere all'allegazione di specifiche circostanze di fatto che, con un altro grado di probabilità, risultino d'ostacolo a un proficuo utilizzo di altri strumenti nel caso sottoposto a scrutinio: si tratta, quindi, di dare conto degli accorgimenti messi in atto dai potenziali bersagli al fine di eludere eventuali captazioni delle proprie comunicazioni³⁴. A ben guardare, però, la *littera legis* non si rivela perspicua al punto da fugare ogni possibile aggiramento, tanto più ove si consideri che essa, non richiedendo l'indispensabilità del congegno informatico, sembra accontentarsi della mera illustrazione delle ragioni «operative che consentono di prevedere una più facile riuscita dell'attività di ricerca per mezzo del *trojan*»³⁵. Si aprono, in tal modo, le porte a ermeneutiche nient'affatto rigorose, secondo le quali sarebbe possibile ritenere ancora legittimo un decreto autorizzativo che, in ipotesi, facesse perno – per consentire di servirsi del virus – sulla semplice abitudine del soggetto sottoposto a monitoraggio di incontrare i propri interlocutori in luoghi aperti, come statuito dalla Suprema corte prima dell'introduzione del requisito in esame³⁶.

³³ L'inserimento del riferimento alla concretezza sembrerebbe, peraltro, avere qualche assonanza con la tecnica legislativa, di natura didascalica, utilizzata dal legislatore nell'art. 274 c.p.p., lì dove, con plurime novelle approvate nel corso degli anni, si è tentato di rendere più rigoroso il vaglio in ordine al *periculum libertatis* attraverso il ricorso a una sovrabbondante aggettivazione dei parametri di valutazione delle esigenze cautelari. In argomento, fra gli altri, AIUTI, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1° dicembre 2015; CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 69 ss.; GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 170; EAD., *Motivazione "autonomia" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 354 ss.; IASEVOLI, *Concretezza ed attualità delle esigenze cautelari*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari*, a cura di Bene, Torino, 2015, 17 ss.

³⁴ Cfr. APRATI, *Captatore informatico: lo strumento e l'impiego*, cit., 262. Secondo la *Relazione sulla legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161*, cit., 9, «pare comunque evidente che la necessità deve riguardare il *quomodo* dell'intercettazione; essa deve consistere in un giudizio di congruità tra la tecnica esecutiva ed il particolare contesto investigativo contingente nel quale si deve andare ad operare per svolgere proficuamente le indagini»; in termini analoghi, BRANCACCIO, *Sub art. 267 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Canzio-Bricchetti, vol. I, Milano, 2024, 1984.

³⁵ DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 180. Analogamente BRONZO, *Ammisibilità e divieti di utilizzazione*, cit., 249; NOCERINO, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, cit., 15; RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 123.

³⁶ Cass., Sez. VI, 18 novembre 2020, n. 15056, in www.sistemapenale.it, 3 giugno 2021.

L'art. 267, co. 1 c.p.p. richiede, poi, che tali elementi debbano essere oggetto di un'autonoma valutazione da parte del giudice. La formula, manifestamente debitrice dell'elaborazione interpretativa e dell'evoluzione legislativa in tema di motivazione dei provvedimenti che dispongono le cautele personali (art. 292, co. 2 lett. c) c.p.p.³⁷, impone, perciò, che l'argomentazione giudiziale non ripeta pedissequamente le ragioni espresse nella richiesta del pubblico ministero, ma presenti un *quid pluris* in termini di condivisione o critica di queste ultime, a tutela della garanzia di un vaglio giurisdizionale effettivo e imparziale³⁸.

Tuttavia, proprio il parallelismo con la materia *de libertate* rischia di depotenziare la robustezza dell'argine garantista che il legislatore ha inteso erigere. Sono note, infatti, le vicende che hanno contraddistinto gli sforzi legislativi protesi a limitare la pratica del c.d. "copia-e-incolla" nell'ambito delle ordinanze cautelari; ed è altrettanto risaputo come i risultati ottenuti non siano stati all'altezza delle aspettative, se è vero che - anche a valle dell'approvazione della L. 16 aprile 2015, n. 47 - il ricorso alla tecnica della motivazione *per relationem*³⁹ (o a quella dell'incorporazione⁴⁰) è stato ritenuto compatibile con il

³⁷ Poiché la produzione scientifica sul tema è sterminata, si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 180 ss.; CHINNICI, *I nuovi parametri in tema di motivazione del provvedimento di restrizione cautelare della libertà personale e dell'ordinanza del tribunale di libertate*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*, a cura di Ead., Roma, 2015, 73 ss.; DEL COCO, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari*, cit., 57 ss.; GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva*, cit., 345 ss.; NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1° dicembre 2015.

³⁸ Cfr. CENTORAME, *La disciplina delle intercettazioni (ancora) nel mirino legislativo: chiose a margine della l. 9 ottobre 2023, n. 137*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 483; NOCERINO, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, cit., 15; nonché, con riferimento all'ambito della disciplina delle cautele, MARANDOLA, *Ambiti e limiti dell'autonoma valutazione del giudice cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2017, 1664 ss.

In giurisprudenza, recentemente, Cass., Sez. V, 23 novembre 2025, n. 29642, in *Giur. it.*, 2025, 2230.

³⁹ La motivazione *per relationem* è ammessa, da tempo, dalla giurisprudenza, purché vengano rispettati i seguenti requisiti: l'apparato motivato faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; esso fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione: così Cass., Sez. un., 21

rinnovato tessuto normativo alla mera condizione che «dal contenuto complessivo del provvedimento emerga la conoscenza degli atti del procedimento, e, ove necessaria, la rielaborazione critica degli elementi sottoposti al vaglio [...], giacché la valutazione autonoma non necessariamente comporta la valutazione difforme»⁴¹. Come a dire, per tornare alla disciplina delle intercettazioni, che permane il rischio di considerare del tutto legittimo il decreto autorizzativo che richiami in tutto o in parte altri atti del procedimento, e segnatamente l'istanza del magistrato inquirente⁴². Pericolo tanto più concreto ove si soffermi l'attenzione sul fatto che il giudice, nell'atto di autorizzare la captazione, non ha – di norma – a disposizione l'intero fascicolo delle indagini, ma solo una selezione effettuata dal pubblico ministero⁴³: circostanza, quest'ultima, che, evidentemente, rende ancora meno agevole una penetrante verifica circa la necessità di adoperare lo strumento, così come l'autonoma valutazione della stessa.

Infine, il tratto più marcatamente distintivo del regime di utilizzo del captatore informatico nell'ambito dei procedimenti per delitti comuni riposa sull'obbligo di indicazione dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in cui è ammessa l'attivazione del microfono. Previsione, che si lega a quella contenuta nell'art. 271, co. 1-*bis* c.p.p., in base al quale sono inutilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del

giugno 2000, n. 17, Primavera, in *Cass. Pen.*, 2001, 69 ss., in tema di autorizzazione *ex art.* 267 c.p.p. In argomento, da ultimo, TORRE, *Motivazione per relationem e convalida del sequestro probatorio: una ricostruzione sistematica*, in *Dir. pen. proc.*, 2026, 88 ss.

⁴⁰ Si tratta dell'ipotesi in cui all'interno dell'ordinanza risultino riprodotti interi brani della richiesta del pubblico ministero. Sul punto, per tutti, AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Aa. Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, 15.

⁴¹ Cass., Sez. V, 24 settembre 2018, n. 1304, Rv. 275339. In termini analoghi, in dottrina, CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, cit., 183; ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1153.

⁴² In tal senso, GIORDANO, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 16-17; NOCERINO, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, cit., 15. Con tono fortemente critico, FILIPPI, *La miniriforma delle intercettazioni: più ombre che luci*, in *www.penaledp.it*, 19 ottobre 2023.

⁴³ In questi termini, DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, cit., 52; FILIPPI, *La miniriforma delle intercettazioni: più ombre che luci*, cit.; NOCERINO, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, cit., 15.

captatore sul dispositivo portatile e quelli acquisiti fuori dei limiti cronologici e spaziali indicati nel provvedimento di autorizzazione⁴⁴.

Cristallina, anche in questo caso, la *ratio* della previsione: per un verso, evitare che l'intercettazione tramite il virus informatico si trasformi in una sorveglianza a tutto tondo del soggetto captato e, per l'altro, consentire il controllo della sussistenza delle più pregnanti condizioni poste per l'intercettazione all'interno dei luoghi di privata dimora – ovverosia, il *fumus* di attuale svolgimento di attività criminosa, *ex art. 266, co. 2 c.p.p.*⁴⁵.

Si pongono, però, in relazione al profilo qui in esame, problematiche interpretative di rilevanza non marginale. Anzitutto, come sottolineato da alcuni commentatori, non risulta affatto agevole individuare, in anticipo, l'ambito spazio-temporale della captazione, se non con un ampio margine di approssimazione⁴⁶. Cosa di cui mostra di essere consapevole anche il legislatore, là dove – per rendere più semplice il compito – specifica che luogo e tempo di attivazione del microfono possono essere “anche indirettamente determinati”. Per vero, risulta altrettanto arduo comprendere la reale portata della locuzione, che – quantomeno sul piano strettamente linguistico – parrebbe alludere alla possibilità che la determinazione richiesta dalla disciplina avvenga per il tramite di un *aliud* rispetto a un'elencazione precisa, e dunque in via mediata: una conclusione piuttosto generica e nient'affatto soddisfacente, soprattutto se rapportata alle esigenze di legalità che innervano la materia⁴⁷. Non sorprende,

⁴⁴ Così, ancor prima dell'approvazione del d.l. 161/2019, conv. con mod. L. 7/2020, Cass., Sez. I, 25 giugno 2019, n. 50972, in *www.sistemapenale.it*, 20 ottobre 2020, con commento di GRIFFO, *Sono inutilizzabili i dati intercettati a mezzo di captatore informatico al di fuori dei luoghi consentiti*.

⁴⁵ Analogamente, la *Relazione sulla legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161*, cit., 10; nonché, in dottrina, CASATI, *Le intercettazioni*, cit., 95; CURTOTTI-NOCERINO, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, cit., 578; DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 180; FURFARO, voce *Intercettazioni (profili di riforma)*, in *Dig. Pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 404.

⁴⁶ In tal senso, DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 181; SIGNORATO, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 269.

⁴⁷ Con riferimento alla determinazione locale, si potrebbe anche pensare di ritenere soddisfatto il requisito della indicazione indiretta attraverso il riferimento a categorie ben determinate di luoghi, di modo che la variazione del *locus* della captazione sia ininfluyente, a patto che quest'ultimo rientri nella *species* di quelli indicati dal giudice nel decreto autorizzativo. Cfr., con riguardo alla modifica dell'autovettura originariamente designata come sede dell'intercettazione, Cass., Sez. IV, 9 dicembre 2015, n. 4484, in *www.ius.giuffrè.it*, 4 marzo 2016, con nota di ROMBI, *L'intercettazione di comunicazioni all'estero*. In argomento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, ZAMPINI, *Sub art. 267 c.p.p.*, in *Codice di*

pertanto, che, in assenza di più specifiche direttive, l'inciso sia stato inteso nel senso di legittimare il mero riferimento a «ogni volta che il soggetto x si rechi in un determinato luogo», ovvero a «ogni volta che incontri la persona y»⁴⁸.

Orbene, non v'è chi non veda, in particolare in quest'ultima eventualità, come la formula, prestandosi a simili letture, potrebbe finire col rimettere il compito di individuare i luoghi e i tempi a chi esegue le operazioni di captazione anziché al giudice⁴⁹, con l'ulteriore conseguenza di rendere sostanzialmente inoperante la speciale causa di inutilizzabilità, di cui all'art. 271, co. 1-bis c.p.p.⁵⁰.

Per evitare simili effetti indesiderati, occorre, allora, sul piano interpretativo, pretendere un rigoroso rispetto delle prescrizioni contenutistiche del provvedimento giudiziale, a prescindere dalla formulazione aperta utilizzata nella di-

procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, a cura di Lattanzi-Lupo, vol. II, Milano, 2020, 581 ss.

Sul punto va, altresì, citata la proposta di SIGNORATO, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, cit., 266 ss., secondo la quale i dispositivi informatici portatili dotati di connessione internet possono essere considerati, ai fini della disciplina processuale, domicilio informatico, con quello che ne consegue in termini di necessaria predeterminazione per legge dei casi e dei modi dell'intrusione.

⁴⁸ Così, in termini problematici, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 250; DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, cit., 52; DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 181; RENZETTI, *Sub artt. 266-272 c.p.p. (d. legisl. 29 dicembre 2017, n. 216 e successive modifiche)*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 1160. La *Relazione sulla legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161*, cit., 10 suggerisce che nel decreto il giudice si riferisca anche a persone per delimitare l'ambito di operatività del dispositivo.

⁴⁹ BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., 252; CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova*, cit., 499; DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 181.

⁵⁰ Un ulteriore connotato del regime in commento è rappresentato dal divieto, per il pubblico ministero, di disporre l'intercettazione ambientale mediante captatore informatico, in via d'urgenza, senza attendere il provvedimento del giudice, e salva la successiva convalida da parte di quest'ultimo, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio per le indagini. Sul punto, DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, cit., 52; nonché, in termini critici, AGOSTINO-PERALDO, *Le intercettazioni con captatore informatico*, cit., 83, secondo i quali la preclusione in parola si collocherebbe in frizione con la necessità di assecondare le esigenze investigative in relazione ai reati comuni.

Il legislatore non ha, invece, espressamente disciplinato l'ipotesi di intercettazione di comunicazioni a distanza, realizzata, d'urgenza, tramite *Trojan virus*. In assenza di una chiara indicazione da parte della legge, parrebbe ragionevole ritenere ammessa la possibilità per il magistrato inquirente di procedere in tal senso, sulla base dei medesimi argomenti che sorreggono la tesi favorevole a consentire il ricorso al captatore informatico per l'esecuzione di tale tipo di captazione (v. *supra* § 3).

sposizione. A tal fine, si potrebbe pensare di rafforzare una simile pretesa facendo perno sul presupposto del mezzo di ricerca della prova in parola, legato alla indispensabilità per la prosecuzione delle indagini. In questa prospettiva, infatti, solo una precisa predeterminazione dell'ambito spazio-temporale dell'intercettazione potrebbe conciliarsi con la necessità di motivare in ordine all'eventualità che in tali luoghi e tempi si svolgano conversazioni utili a fini investigativi⁵¹, contribuendo ad aumentare l'efficacia delle garanzie normative predisposte.

5. *Segue: nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata.* Per quanto riguarda l'impiego del virus nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, occorre partire da una premessa. Nel licenziare il d.l. 161/2019, conv. con mod. L. 7/2020, il legislatore ha, quantomeno in termini espliciti, edificato un regime speciale per l'uso del captatore, limitandolo alle sole indagini per i reati c.d. distrettuali, individuati a partire dal richiamo all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. Questi, tuttavia, non esauriscono gli illeciti a cui si applicano i particolari requisiti per procedere, in via generale, alle operazioni di intercettazione tradizionale, così come definiti dall'art. 13 del d.l. 152/1991, conv. con mod. L. 203/1991⁵².

Ne deriva che, in relazione a questa particolare area di criminalità, si vengono a creare due distinti binari. Per i delitti, pure appartenenti al campo delle consorterie criminali, ma che non rientrano in quelli elencati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., l'intercettazione mediante captatore può essere disposta - in conformità con l'art. 13 del d.l. 152/1991, conv. con mod. L.

⁵¹ Similmente, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., 252; CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. Pen.*, 2016, 1271.

⁵² La disposizione indicata nel testo si applica, come è noto, ai reati di criminalità organizzata e, a seguito dell'interpolazione operata dal d.l. 10 agosto 2023, conv. con mod. L. 9 ottobre 2023, n. 137, «anche nei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 452-*quaterdecies* e 630 del codice penale, ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». Sul tale intervento del legislatore, in chiave critica, CENTORAME, *La disciplina delle intercettazioni (ancora) nel mirino legislativo: chiose a margine della l. 9 ottobre 2023, n. 137*, cit., 478 ss.; GATTA, *Intercettazioni e criminalità organizzata: quando a voler precisare si finisce per complicare*, in *www.sistemapenale.it* 8 agosto 2023; SCARPINO, *Intercettazione e delitti di "criminalità organizzata" tra vecchi problemi e nuove soluzioni*, in *Cass. Pen.*, 2024, 1657 ss.; TESSITORE, *Sulla nozione di "criminalità organizzata" ai fini della disciplina in deroga delle intercettazioni*, in *www.sistemapenale.it*, 21 luglio 2023.

203/1991 – sul presupposto della sua semplice utilità per lo svolgimento delle indagini, in presenza di sufficienti indizi di reato⁵³, ma il provvedimento autorizzativo deve dare conto – come avviene per i reati di criminalità comune – delle ragioni che rendono necessaria in concreto tale modalità captativa, da un lato, e indicare i luoghi e i tempi di attivazione del microfono, dall’altro⁵⁴. Diversamente, per gli illeciti di cui all’art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., il legislatore ha previsto una corsia preferenziale, vale a dire improntata a un allentamento delle maglie del controllo da parte del giudicante⁵⁵. In relazione a essi, infatti, si prevede che l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile sia sempre consentita, alle condizioni definite dall’art. 13 del d.l. 152/1991, conv. con mod. L. 203/1991, senza richiedere ulteriori requisiti, anche qualora si tratti di raccogliere dichiarazioni che avvengono nel domicilio⁵⁶; mentre il decreto di autorizzazione, pur tenuto a motivare in ordine all’utilità del ricorso allo strumento informatico, secondo quanto disposto dall’art. 267, co. 1 c.p.p., può omettere i riferimenti spazio-temporali di accensione del microfono.

Su quest’ultimo profilo, si è concentrata l’attenzione della dottrina, la quale ha segnalato come l’alleggerimento dell’onere prescrittivo voluto dalla legge sia più apparente che reale. In questo senso, si sostiene, argomentando a partire dal requisito della necessità ai fini dello svolgimento delle indagini, che il giudice, dovendo comunque compiere una valutazione di sussistenza di un nesso fra captazione, sua utilità e luogo in cui la stessa si svolge, non potrebbe esimersi dall’indicazione delle coordinate spazio-temporali della sorveglianza⁵⁷. Sempre secondo questo schema di pensiero, a ragionare diversamente, sarebbe alquanto arduo, se non impossibile, dimostrare l’opportunità di procedere a intercettazione delle conversazioni intrattenute dal soggetto captato

⁵³ Analogamente, non si richiede il requisito del *fumus* di attuale commissione del reato per l’intercettazione di conversazioni in ambiente domiciliare.

⁵⁴ Sul punto DANIELE, *L’illusione di domare il captatore informatico*, cit., 54, secondo cui tale assetto della disciplina deriva da un mancato coordinamento «fra le modifiche apportate all’art. 267, co. 1 Cpp e l’art. 13 d.l. 152/1991».

⁵⁵ Così, ancora, DANIELE, *L’illusione di domare il captatore informatico*, cit., 53.

⁵⁶ In argomento, GRIFFO, *Il captatore, tra luoghi e tempo...*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 660.

⁵⁷ In termini analoghi, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., 254.

continuamente e ovunque, quasi che egli possa sempre e costantemente essere fonte di notizie utili per l'accertamento dei fatti⁵⁸.

In conclusione, per i reati distrettuali, le regole dettate per le intercettazioni con il *Trojan* virus risultano in larga parte sovrapponibili a quelle che disciplinano il mezzo di ricerca della prova, ai sensi dell'art. 13 del d.l. 152/1991, conv. con mod. L. 203/1991⁵⁹.

6. Segue: *nei procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione*. In adesione a un'opzione di politica criminale discutibile⁶⁰, ma non priva di effettive ragioni pratiche⁶¹, il legislatore ha inteso effettuare un'equiparazione, quanto alla possibilità di avvalersi dello strumento delle intercettazioni, se eseguite con il captatore informatico, tra i reati dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio e quelli di criminalità organizzata.

⁵⁸ Non diversamente dalle intercettazioni ambientali tradizionali, in cui, secondo autorevole dottrina, è necessario che il giudice evidenzi il nesso che lega la captazione e le indagini in corso, e per l'effetto indichi un determinato luogo in cui si ritenga possano svolgersi le conversazioni o comunicazioni da intercettare: così GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3351.

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 267, co. 2-bis c.p.p., il pubblico ministero può disporre l'intercettazione mediante captatore informatico, d'urgenza, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 51, co. 3-bis e 3-quater c.p.p., purché indichi, oltre al possibile pregiudizio derivante dal ritardo, le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice.

⁶⁰ Si veda il giudizio fortemente critico di DELL'ANNO-ZAMPAGLIONE, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, cit., 19; DELLA RAGIONE, *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, Milano, 2019, 73; FLICK, *Le novelle su corruzione e dintorni: dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3433 ss.

⁶¹ Secondo BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., 255, per i reati contro la pubblica amministrazione, «la eguale incriminabilità dei partecipi all'accordo criminoso costituisce per le inchieste penali uno schermo assai difficilmente penetrabile senza violare la segretezza delle comunicazioni». Analogamente, PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 226; TORRE, *Il captatore informatico dopo la legge c.d. "spazza-corrotti"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 651 ss.

Ancora, LUPARIA DONATI, *L'illegalità nella pubblica amministrazione. Quale ruolo per il diritto processuale penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 735, secondo cui «uno sguardo tutto sommato benigno può essere adottato verso forme speciali di investigazione calibrate sulle dinamiche di illiceità in ambito pubblico, anche se, come emerso anche all'interno del nostro convegno, strumenti quali il captatore o le intercettazioni a caratura invasiva pongono seri problemi per il concreto rischio di impieghi devianti, in ragione della facilità di "scorrimento", in fase embrionale di indagine, da una fattispecie di reato che non ne consenta l'uso ad altra più grave che invece le legittimi».

L'operazione si è realizzata per tappe, prendendo avvio dai criteri di delega contenuti nella L. 103/2017⁶², passando per le modifiche apportate dal d.lgs. 216/2017⁶³, dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3 e giungendo a compimento con l'approvazione del d.l. 161/2019, conv. con mod. L. 7/2020.

Conclusosi l'*iter* di riforma, si osserva come per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio⁶⁴ contro la pubblica amministrazione, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, viga un regime sovrapponibile quasi totalmente a quello dettato per gli illeciti distrettuali, di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.⁶⁵.

L'unica divergenza si registra, in particolare, nel contesto della captazione ambientale all'interno del domicilio. In questo senso, si prevede che l'intercettazione mediante inoculazione del captatore informatico sia sempre ammessa nei procedimenti per i reati in parola, ma previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. Detto altrimenti, non viene richiesto, ai sensi dell'art. 266, co. 2-*bis* c.p.p., il requisito dell'attualità dell'azione criminosa, esattamente come per i delitti di criminalità organizzata, ma - diversamente da questi ultimi - è necessario esplicitare le ragioni che rendono necessaria l'intrusione domiciliare. Motivi

⁶² In argomento, nello specifico, FILIPPI, *La delega in materia di uso del captatore informatico*, in *La riforma Orlando*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2017, 151 ss.; GIORDANO, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici (comma 84, lett. e, l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Marandola-Bene, Milano, 2017, 396 ss.; TABASCO, *Intercettazioni, a mezzo di captatore informatico, nei procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione*, in *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3*, a cura di Del Tufo, Torino, 2019, 160 ss.

⁶³ In particolare, l'art. 6 del d.lgs. 216/2017, nella sua versione originaria, disponeva, al comma 1, che nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., si applicassero le disposizioni di cui all'art. 13 d.l. 152/1991, conv. con mod. L. 203/1991.

Il secondo comma della medesima disposizione, poi, consentiva l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile solo quando vi fosse una *suspicio perdurantis criminis*.

Vale la pena ricordare che quest'ultimo capoverso è stato abrogato dalla L. 3/2019. Per approfondimenti, CAMALDO, *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 24 settembre 2019.

⁶⁴ Il riferimento agli incaricati di pubblico servizio è stato inserito a opera della L. 7/2020.

⁶⁵ Nel provvedimento autorizzativo, pertanto, il giudice deve dare conto delle ragioni che rendono necessario l'uso del captatore informatico, ma può omettere i luoghi e i tempi di attivazione del microfono. Al riguardo, SIGNORATO, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, a cura di Orlandi-Seminara, Torino, 2019, 252.

che possono fare riferimento a dati emersi durante le indagini, come, solo per fare un esempio, la fissazione di un incontro nell'abitazione di un imprenditore per definire le modalità delle successive trattative finalizzate alla corruzione⁶⁶.

Orbene, la formula, pur simile a quella utilizzata all'interno dell'art. 267, co. 1 c.p.p. in relazione ai reati comuni⁶⁷, ha, in questo diverso contesto, implicazioni differenti. Per un verso, la violazione della regola non determina l'inutilizzabilità di quanto raccolto, dal momento che l'art. 271, co. 1 e 1-bis c.p.p. non richiama l'art. 266, co. 2-bis c.p.p.⁶⁸; per l'altro, e conseguentemente, essa non sembra poter aggiungere un reale presidio per l'intimità domiciliare, se si considera che, per ritenere rispettata la prescrizione, il giudice potrebbe legittimamente fare uso di mere clausole di stile⁶⁹.

7. Esecuzione delle operazioni: i soggetti coinvolti. L'elevata sofisticazione tecnica raggiunta dagli strumenti digitali di intercettazione ha suggerito al legislatore di consentire l'intervento dei privati all'interno del procedimento. Tale coinvolgimento si realizza ad almeno due livelli: il primo attiene alla progettazione e alla realizzazione dei *software*⁷⁰; il secondo riguarda, invece, la partecipazione alle attività captative.

Concentrando l'attenzione su quest'ultimo aspetto, si rileva come la legge (art. 268, co. 3-bis c.p.p.) non si sottragga dal compito di dettare alcune significative prescrizioni, consentendo all'ufficiale di polizia giudiziaria incaricato di avvalersi di persone idonee, di cui all'art. 348, co. 4 c.p.p., per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni con captatore informatico su dispositivo portatile, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti. Ora, si

⁶⁶ In tal senso, le Linee guida n. 1320/2020 del 26 agosto 2020 redatte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Monza, pubblicate su www.sistemapenale.it, 7 settembre 2020. Per ulteriori esemplificazioni si rinvia a NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 69.

⁶⁷ V. *supra* § 4.

⁶⁸ Così AGOSTINO-PERALDO, *Le intercettazioni con captatore informatico*, cit., 81; PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del s.l. n. 161/2019*, in www.sistemapenale.it, 2 marzo 2020.

⁶⁹ Analogamente AGOSTINO-PERALDO, *Le intercettazioni con captatore informatico*, cit., 81, che parla di mero artificio retorico; nonché D'ARCANGELO, *Le modifiche alla disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, a cura di Fidelbo, Torino, 2020, 325 ss.; DEL GIUDICE, *L'impiego esteso del captatore informatico*, in *Il processo penale per i delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Scalfati, Bari, 2024, 157 ss.

⁷⁰ Del tema ci si occuperà *infra* nel § 8.

tratta sicuramente di una previsione necessaria, in quanto secondo l'impostazione impressa dai *conditores* alla materia, peraltro modellata a partire dagli insegnamenti della Corte costituzionale⁷¹, spetterebbe al pubblico ministero il compito di esecutore privilegiato delle intercettazioni; mentre la facoltà di delegare gli ufficiali di polizia giudiziaria, prevista dall'art. 267, co. 4 c.p.p., dovrebbe essere considerata a guisa di ipotesi eccezionale o comunque subordinata⁷². In questo quadro, la possibilità di coinvolgere privati non avrebbe potuto essere ricavata dal sistema, pertanto il legislatore ha dovuto prendere posizione espressamente⁷³.

Nondimeno, l'intervento legislativo si rivela, per più profili, deficitario. In questo senso, si nota, anzitutto, come la disposizione in commento si limiti a consentire il ricorso all'attività dei c.d. ausiliari di polizia giudiziaria, che non solo possono essere scelti in modo del tutto discrezionale⁷⁴, ma per i quali non è prevista, con riferimento alle intercettazioni, alcuna qualifica specifica e ulteriore rispetto a quelle ordinarie, pur a fronte della maggiore insidiosità del *Trojan*.

Riguardata la questione da un differente angolo di visuale, si osserva come la legge menzioni solo le operazioni di avvio e di cessazione delle operazioni, lasciando fuori dal relativo campo di applicazione la fase di inoculazione in senso stretto, che, però, sembra parimenti richiedere competenze tecniche

⁷¹ Sul punto si vedano le sentenze dei giudici di Palazzo della Consulta e la dottrina citate *supra* nella nota n. 17.

⁷² La previsione si sottrae da dubbi di legittimità costituzionale, ex art. 15 Cost., dal momento che quest'ultima disposizione, secondo l'interpretazione dottrinale assolutamente prevalente, non proibisce la delega delle operazioni di captazione alla polizia giudiziaria, bensì esclude solo che essa possa avere poteri autonomi di interferire con la libertà e la segretezza delle comunicazioni. In tal senso, FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 67-68; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 58 e 118.

⁷³ La nomina di personale dipendente di aziende private come ausiliari per l'esecuzione delle operazioni di intercettazione ambientale, pur ammessa dalla giurisprudenza (si veda la vicenda sottesa a Cass., Sez. I, 8 gennaio 1998, n. 22, in *Giur. it.*, 1998, 2127 ss., con nota di EPIFANI, *Sulla delegabilità a ditte private delle operazioni di intercettazione ambientale*), non ha suscitato concordi opinioni presso la dottrina, divisa fra chi ritiene un simile modo di agire del tutto legittimo (PARODI, *La disciplina delle intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 895), e quanti, al contrario, sostengono che ciò dovrebbe determinare l'inutilizzabilità del materiale captato (FUMU, *Sub art. 268 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Agg. III, Torino, 1998, 145).

⁷⁴ In tal senso TRICOI, *Sub art. 348 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 1665. Sul tema, in generale, KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, *passim*; SCAGLIONE, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2000, *passim*.

particolari, specialmente quando avviene in via manuale, agendo direttamente sul dispositivo⁷⁵.

Più in generale, l'inserimento di personale privato nelle vicende esecutive del mezzo di ricerca della prova in parola schiude le porte al rischio che l'attività sia svolta senza attribuire all'autorità giudiziaria un effettivo controllo su di essa⁷⁶. Circostanza, quest'ultima, a sua volta potenziale fonte di pericolo di abusi da parte degli ausiliari stessi e di compromissione del diritto alla riservatezza⁷⁷. Al fine, pertanto, di evitare problematiche di questo tipo, parte della dottrina ha suggerito di estendere i contenuti del verbale delle operazioni, di cui all'art. 89 disp. att. c.p.p.⁷⁸, anche alla documentazione delle «attività volte all'inoculazione del *virus*, [all]’attivazione/disattivazione del microfono per l’ascolto, [al] trasferimento dei dati, [e del] dettaglio del monitoraggio eseguito»⁷⁹.

8. *Strumenti tecnici utilizzabili: tra garanzie di genuinità del materiale captato e prevenzione degli abusi.* L'esigenza di assicurare un elevato standard di protezione contro la possibilità di un uso scorretto o illegittimo dello strumento ha indirizzato il legislatore verso una regolamentazione, più precisa che in passato, di alcuni profili della relativa disciplina. Si tratta, nello specifico, delle caratteristiche tecniche dei programmi informatici utilizzabili, della trasmissione del materiale intercettato e, infine, della sorte del captatore una volta concluse le operazioni.

⁷⁵ Cfr. DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante uso di captatore informatico*, cit., 184.

⁷⁶ Così ATERNO, *Mezzi di contrasto al terrorismo ed alla criminalità organizzata e limitazioni alla privacy: un necessario bilanciamento*, in *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di Testaguzza, Milano, 2018, 284; DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante uso di captatore informatico*, cit., 183; DI STEFANO-BRUNO, *Intercettazioni: remotizzazione e diritto di difesa nell'attività investigativa*, Milano, 2018, 117.

⁷⁷ In tal senso BENE, *“Il re è nudo”: anomie disapplicative a proposito del captatore informatico*, cit., 9-10; FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale*, cit., 215.

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 89 disp. att. c.p.p., il verbale contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni. Quando si procede, poi, a intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, esso indica anche il tipo di programma impiegato, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni, ove, possibile, e, infine, da atto della disattivazione dello strumento con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi.

⁷⁹ DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante uso di captatore informatico*, cit., 185.

In relazione al primo punto, si prevede che, ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, debbano essere utilizzati programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia (art. 89, co. 2 disp. att. c.p.p.)⁸⁰. Attualmente, questi ultimi sono contenuti nel d.m. 20 aprile 2018⁸¹, all'art. 4, il quale prevede che: i programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile devono essere elaborati in modo da assicurare integrità, sicurezza e autenticità dei dati captati su tutti i canali di trasmissione riferibili al captatore; consentire solo agli operatori autorizzati di avere accesso agli strumenti di comando e funzionamento del captatore; prevedere, da un lato, misure di offuscamento o evasione per impedire l'identificazione del captatore e dei dati

⁸⁰ La riforma sembrerebbe aver trascurato, invece, un aspetto tutt'altro che marginale, vale a dire la possibilità di utilizzare strumenti e impianti appartenenti a soggetti privati. Come è noto, infatti, tale facoltà è accordata, dall'art. 268, co. 3-*bis* c.p.p., esclusivamente nell'ipotesi in cui si debba procedere a un'intercettazione telematica o informatica; mentre la novella non ha dettato alcuna disposizione che espressamente consenta di fare altrettanto nel diverso caso delle captazioni itineranti realizzate con il *Trojan* virus. Parte della dottrina propone di colmare la lacuna facendo ricorso alla collocazione del riferimento all'attività degli ausiliari di polizia giudiziaria nello stesso art. 268, co. 3-*bis* c.p.p. Ciò che, secondo questo schema di pensiero, farebbe pensare alla volontà del legislatore di estendere alle intercettazioni tramite captatore il regime agevolato di utilizzo degli impianti appartenenti ai privati previsto per le captazioni informatiche. In questo senso, DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante uso di captatore informatico*, cit., 186.

⁸¹ Si potrebbe, invero, criticare la scelta di demandare la definizione delle specifiche tecniche del captatore informatico a un atto di natura regolamentare, anziché alla legge, come postulerebbe un rigoroso rispetto del principio di legalità, ex art. 15, co. 2 Cost., in ordine ai modi e alle garanzie dell'attività captativa. Non si può, tuttavia, mancare di sottolineare come la soluzione escogitata dal legislatore si riveli – al netto dell'esecrabile scarsa chiarezza del testo adottato in concreto – la più adeguata a evitare l'obsolescenza tecnica degli strumenti utilizzati, nella misura in cui consente un aggiornamento più celere rispetto a quello possibile attraverso l'*iter* legislativo ordinario, senza far venir meno un controllo democratico dal parte del Parlamento, sebbene svolto soltanto nella forma del parere.

Simili problematiche sono, come è noto, già state affrontate in passato con riferimento alla disciplina dei sistemi elettronici di controllo delle prescrizioni imposte con le misure cautelari, ex art. 275-*bis* c.p.p., lì dove l'art. 19 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con mod. L. 19 gennaio 2001, n. 4 ha previsto che le modalità di installazione e uso, nonché i tipi e le caratteristiche dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici destinati al controllo delle persone sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari siano determinati da un decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia. Anche in quel caso, il ricorso all'atto di natura secondaria è stato ritenuto adeguato per ragioni di celerità. In questo senso CESARIS, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in *Il decreto "anti-scarcerazioni"*, a cura di Bargis, Torino, 2001, 59.

In diversa prospettiva, TORRE, *Sistemi informatici di controllo e riservatezza. Una proposta di regolamentazione del captatore informatico*, in www.ius.giuffrè.it, 24 agosto 2017, secondo cui anche il ricorso al decreto ministeriale apre le porte al rischio di un'obsolescenza dei requisiti ivi cristallizzati.

captati, sia da parte di operatori umani, che per mezzo di specifico *software* e, dall'altro, soluzioni tecniche idonee ad assicurare la permanenza e l'efficacia del captatore sul dispositivo durante tutto il periodo di attività autorizzata e con i limiti previsti dal provvedimento autorizzativo, in modo da garantire il completo controllo da remoto; e, infine, permettere la trasmissione di tutte le informazioni necessarie a definire il contesto dell'acquisizione⁸².

Pur apprezzabile, il testo si risolve, in larga parte, in clausole di stile, mancando di indicare con completezza quali debbano essere in concreto gli strumenti tecnici utilizzabili⁸³. In questo senso, si sarebbe potuto procedere a un'elencazione più puntale ed esplicita, comprensiva di tutte le misure che, oggi, sono disponibili per garantire la tracciabilità delle operazioni effettuate su dati informatici⁸⁴.

La strategia messa in campo dal legislatore si compone anche di accorgimenti volti a evitare la propalazione delle informazioni ottenute attraverso le intercettazioni. In questa prospettiva, si stabilisce che quanto raccolto, secondo l'art. 89 disp. att. c.p.p., debba essere conferito, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete, esclusivamente negli impianti della Procura della Repubblica. Si vuole evitare, in questo modo, il rimbalzo delle informazioni presso server privati, garantendo la continuità della catena di custodia⁸⁵ e la riservatezza del materiale intercettato⁸⁶.

⁸² L'art. 4, co. 5 d.m. 20 aprile 2018 prevede, inoltre, che i programmi siano periodicamente aggiornati agli standard di funzionalità e operatività in linea con l'evoluzione tecnologica.

⁸³ Nello stesso senso, il *Parere sullo schema di decreto del Ministro della giustizia recante disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'articolo 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, adottato dal Garante per la protezione dei dati personali, consultabile all'indirizzo www.garanteprivacy.it 18 aprile 2018; nonché SURACI, *La disciplina del captatore informatico. Nota breve al d.m. 20 aprile 2018*, in www.altalex.com, 25 luglio 2018.

⁸⁴ Cfr. ATERNO, *Il punto di vista degli operatori - Il difensore*, in *Revisioni normative*, cit., 420; BENE, *"Il re è nudo": anomalie disapplicative a proposito del captatore informatico*, cit., 6; NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 136; TORRE, *D.M. 20 aprile 2018: le disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1254 ss.

⁸⁵ In argomento, fra gli altri, BRIGHI-FERRAZZANO, *Digital forensics: best practices and perspective*, in *Digital forensics evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*, a cura di Caianiello-Camon, Milano, 2021, 13 ss.

⁸⁶ Si pensi, a questo riguardo, alla vicenda legata all'utilizzo del programma *Exodus*, in cui le conversazioni intercettate sono confluite in un server situato all'estero, compromettendo la possibilità di un ade-

Anche in questo caso, ci si trova dinanzi a indicazioni non sufficientemente puntuali e adeguate rispetto al fine perseguito⁸⁷. Se è vero, infatti, che sistemi di crittografia in grado di attestare l'originalità e l'integrità del materiale captato sono già presenti nei *software* in uso⁸⁸, non sarebbe risultato superfluo dettare «regole più rigide e stringenti quali l'apposizione di firme digitali e di marcature temporali sia ai *log* di registro sia ai *file* prodotti dal sistema, nonché a quelli relativi all'acquisizione»⁸⁹.

Infine, si prevede, al termine delle operazioni, la disattivazione del captatore in modo da non renderlo ulteriormente utilizzabile⁹⁰.

Il cristallino e condivisibile intento di prevenire un uso dello strumento ulteriore e diverso rispetto a quello autorizzato dal giudice, sotteso alla disposizione, non regge, però, il confronto con i problemi determinati dalla natura del mezzo in commento.

In questa prospettiva, si può osservare come l'attenzione del legislatore si sia concentrata solo sul segmento conclusivo dell'attività di intercettazione e non sulla fase di captazione in senso stretto, dove l'argine di garanzia si compendia nella maggiore analiticità del contenuto del verbale, di cui si è detto⁹¹. Ora, non si ignora come ogni eventuale abuso realizzato in tale frangente rappresenti un'ipotesi scolastica, che presuppone la malafede delle autorità inquirenti. Tuttavia, considerato che i *software* che compongono il captatore consentono di esercitare parecchie funzioni, e di passare agevolmente dall'una all'altra, non sarebbe stato inopportuno, in aggiunta all'aggravamento degli oneri di

guato tracciamento delle operazioni. Per alcune considerazioni sul punto, BENE, *“Il re è nudo”: anomie disapplicative a proposito del captatore informatico*, cit., 1 ss.; BRIZZI, *Il captatore informatico: un Exodus verso “buone pratiche”?*, in www.ius.giuffrè.it, 4 settembre 2019; PALMIOTTO, *Captatori informatici e diritto alla difesa. Il caso Exodus*, in www.la-legislazionepenale.eu, 16 ottobre 2020, 1 ss.

⁸⁷ Analogamente DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, cit., 58.

⁸⁸ Ci riferisce, in particolare, alla funzione di *hash*, la quale produce una stringa di *bit*, associata unicamente a specifici e determinati dati. Sul punto, in dottrina, SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 122 ss. Per un'applicazione giurisprudenziale, si veda Cass., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 37644, Rv. 265180.

⁸⁹ NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 136.

⁹⁰ Operazione della quale deve darsi atto nel verbale, ai sensi dell'art. 89 disp. att. c.p.p. V. *supra* la nota n. 77.

⁹¹ Secondo parte della dottrina, peraltro, la disattivazione del *software* farebbe perdere il controllo di quest'ultimo da parte dell'autorità inquirente. Ciò che, a sua volta, potrebbe portare, proprio in virtù della mancanza di supervisione, a una raccolta di dati a strascico, incompatibile con esigenze di proporzionalità: così NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 139.

verbalizzazione, consentire l'utilizzo di programmi in grado di eseguire solo l'intercettazione, e non – per esempio – l'acquisizione dei dati immagazzinati sul supporto informatico⁹².

9. *L'uso dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi*. La circolazione tra diversi procedimenti del materiale raccolto attraverso le intercettazioni costituisce oggetto di dibattito da almeno cinquant'anni⁹³. Relegata dalla Corte costituzionale, prima⁹⁴, e dal legislatore, poi⁹⁵, negli *impossibilia* assoluti

⁹² Non si ignora come, in dottrina, si sia posto l'accento sulla possibilità di consentire un controllo *ex post*, da parte del giudice, circa le attività svolte dagli inquirenti. Tuttavia, poiché il rispetto dell'art. 89 disp. att. c.p.p. non è presidiato da alcuna invalidità, tale soluzione si risolve in un'arma spuntata. Sul punto, AGOSTINO-PERALDO, *Le intercettazioni con captatore informatico*, cit., 88.

Nel senso che la collocazione e la disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni, anche tramite virus *Trojan*, costituiscano atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria e che l'omessa documentazione delle operazioni svolte non dia luogo ad alcuna nullità o inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali, Cass., Sez. V, 24 settembre 2020, n. 32428, in www.ius.giuffre.it, 4 dicembre 2020, con nota critica di FILIPPI, *La Cassazione moltiplica i mezzi di intercettazione ed esclude controlli sul virus trojan*.

⁹³ In generale, sulla circolazione probatoria, fenomeno da intendersi in chiave del tutto eccezionale, fra gli altri, BELLUTA, voce *Prova (circolazione della)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 963; GAFFO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen. web*, 2011, 3, 1 ss.; IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, *passim*; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 105; ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, *passim*.

⁹⁴ Si allude a Corte cost., 21 marzo 1973, n. 34, cit., 317 ss.

Vale, peraltro, la pena segnalare come, in dottrina, si sia messo in discussione che il profilo in esame sia stato preso di mira dai giudici di Palazzo della Consulta nella sentenza appena ricordata. In questa prospettiva, si sottolinea come la preoccupazione fosse, in quell'occasione, di tutelare la *privacy* dell'imputato e dei terzi intercettati. Cionondimeno, l'affermazione della Corte, secondo cui nel processo si sarebbe potuto utilizzare solo il materiale rilevante per l'accertamento del reato per cui si procede, venne letta nel senso di ritenere costituzionalmente illegittimo l'uso del materiale captato in procedimenti diversi da quello in cui le operazioni erano state autorizzate: così CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in «procedimenti diversi»*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1440; VOENA, *Chiarimenti interpretativi in tema di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche*, *ivi*, 1976, 519.

Successivamente, però, il giudice delle leggi, chiamato a esprimersi sul punto in esame, ha statuito in modo più perentorio che «dalla tutela della libertà di comunicazione deriva dunque che, in via di principio, è vietata l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni validamente disposte nell'ambito di un determinato giudizio come elementi di prova in processi diversi, per il semplice fatto che, ove così non fosse, si vanificherebbe l'esigenza più volte affermata da questa Corte che l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni debba essere puntualmente motivato nei sensi e nei modi precedentemente chiariti»: così Corte cost., 5 giugno 1991, n. 366, in *Giust. pen.*, 1992, I, 35 ss.; nello stesso senso, Corte cost., 25 gennaio 1994, n. 63, in *Cass. Pen.*, 1994, 1477. Tesi analoga è fatta propria anche da parte della dottrina: FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 182; GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., 66; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 167 ss. Altri autori, invece, ritengono che il divieto risponda all'esigenza di evitare la lesione della segretezza delle comunicazioni *ex art. 15 Cost.*, che si realizza a ogni ascolto delle stesse, compreso quello che si

del processo penale, tale facoltà è stata innestata, sul corpo del codice di procedura penale del 1930, dalla L. 18 maggio 1978, n. 191, a guisa di eccezione, relativamente ai reati per i quali era obbligatorio l'ordine di cattura anche per taluno soltanto degli imputati⁹⁶.

Il varo del codice di procedura penale del 1988 non ha, come è noto, spostato di molto gli equilibri⁹⁷, se è vero che la versione originaria dell'art. 270, co. 1 c.p.p. riproduceva lo stesso rapporto tra regola (inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti) ed eccezione («salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza»), cristallizzato in precedenza⁹⁸.

In questo quadro, fra i numerosi nodi esegetici intrecciati dalla disposizione⁹⁹, si stagliava (e tuttora si staglia) quello relativo all'esatta definizione della no-

verifica in un procedimento diverso, ai sensi dell'art. 270 c.p.p.: così POTETTI, *L'articolo 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. pen.*, 1993, 787.

⁹⁵ Il riferimento è alla L. 8 aprile 1974, n. 98, nella parte in cui, modificando l'art. 226-*quater* c.p.p. 1930, ha previsto che «le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali non possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte».

⁹⁶ Per una ricostruzione storica delle vicende legislative che hanno coinvolto l'art. 226-*quater* c.p.p. 1930, di recente, BEL, *I presupposti per l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi*, in *Le Corti Umbre*, 2024, 2, 379 ss.; GRIFFO, *Non c'è pace per l'articolo 270 c.p.p.: un recente contrasto in ordine ai presupposti di applicabilità della "nuova" disciplina*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2, 8 ss.

⁹⁷ Nello stesso senso DI CHIARA, *Note in tema di circolazione di atti investigativi e probatori tra procedimenti diversi*, in *Foro it.*, 1992, II, 78; DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, in *Diritto di Internet* 2020, suppl. 3, 90.

⁹⁸ Al riguardo, si veda GREVI-ILLUMINATI, *Prove*, cit., 355, dove si parla di soluzione compromissoria.

⁹⁹ Si pensi, solo per fare qualche esempio, al quesito se il riferimento ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza riguardi l'illecito contestato nell'imputazione, ovvero quello ritenuto in sentenza, oppure, in diversa prospettiva, se debba trattarsi di delitti ricompresi negli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p. Ancora, per ciò che concerne l'indispensabilità per l'accertamento, si discute se ciò implichi l'utilizzo delle captazioni ai soli fini della dimostrazione della sussistenza del fatto di reato e la sua commissione da parte dell'imputato, o anche i fatti da cui dipende la punibilità, la qualificazione giuridica del fatto e la misura della pena.

Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., 520; BALDUCCI, *Le garanzie delle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 179; CASATI, *Le intercettazioni*, cit., 330 ss.; CORDERO, *Sub art. 270 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Id., Torino, 1992, 314; RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 102 ss.; VALENTINI, *Un rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, in *Revisioni normative*, cit., 279 ss.; VELE, *Ambito d'applicazione dello strumento intercettazioni. Uso dei risultati in altri procedimenti*, in *www.la legislazione penale.eu*, 24 novembre 2020, 45 ss.

zione di “diverso procedimento”. Sul tema, sono emersi, nel corso degli anni, differenti e molteplici indirizzi giurisprudenziali, volti a dilatare la valvola di trasmutazione inter-procedimentale del captato¹⁰⁰.

In questa prospettiva, secondo una prima tesi, si potrebbe postulare la medesimezza del procedimento, e dunque non opererebbe il divieto di utilizzo, argomentando a partire da un nesso meramente occasionale, vale a dire quando, nel corso di intercettazioni regolarmente autorizzate, si scopra un ulteriore reato, il quale – pur oggetto di un’autonoma iscrizione – dovrebbe comunque considerarsi inserito nell’ambito di un’inchiesta *ab initio* unitaria, a prescindere da ogni eventuale, successiva separazione¹⁰¹.

Altro schema di pensiero richiede, perché si possa parlare di medesimo procedimento, che il reato emerso a seguito di captazione sia avvinto a quello per il quale si procede da una ipotesi di connessione, *ex art.* 12 c.p.p., oppure da un collegamento, ai sensi dell’art. 371, co. 2 lett. b) e c) c.p.p., sul piano oggettivo, probatorio e finalistico¹⁰².

Ancora, un ultimo orientamento, per vero minoritario, ha proposto di interpretare la locuzione contenuta nell’art. 270, co. 1 c.p.p. quale sinonimo di “diverso reato” non contemplato all’interno del decreto autorizzativo, senza che assumano rilevanza le scelte circa la trattazione cumulativa o meno delle regiudicande, o la sussistenza di legami di connessione o collegamento¹⁰³.

¹⁰⁰ Così DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, cit., 92; nonché, analogamente, CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3657; PASTA, *Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi*, in *Arch. pen. web*, 2020, 2, 22; TAVASSI, *Le intercettazioni ubiquitarie fra legalità e non dispersione della prova*, in *Arch. pen.*, 2018, 353 ss.

¹⁰¹ Cass., Sez. V, 9 febbraio 2018, n. 15288, Rv. 272852. In dottrina, una posizione analoga è assunta da CANTONE, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.; brevi riflessioni*, in *Cass. Pen.*, 2000, 2048, il quale, tuttavia, in chiave più restrittiva, propone di considerare procedimento diverso quello non suscettibile di riunione ai sensi dell’art. 17 c.p.p.

In chiave analoga nei presupposti, ma dissimile nella declinazione, POTETTI, *L'articolo 270 del codice di procedura penale*, cit., 787 ss., il quale ritiene che debba considerarsi diverso il procedimento che si svolge separatamente.

¹⁰² In tal senso, Cass., Sez. III, 24 aprile 2018, n. 29856, Rv. 275389; Cass., Sez. IV, 17 giugno 2015, n. 29796, in *Giur. it.*, 2015, 2736 ss., con nota di PASCUCCI, *Alcune considerazioni sul significato di “procedimenti diversi” ex art. 270 c.p.p.*

¹⁰³ Cass., Sez. IV, 11 dicembre 2008, n. 4169, Rv. 242836.

Questa tesi – come detto, recessiva presso la giurisprudenza – risulta, invece, fatta propria da larga parte della dottrina, sul presupposto che, in relazione al reato emerso successivamente non ci potrebbe essere un vaglio circa il rispetto delle condizioni per disporre l’intercettazione. In questo senso: BALDUCCI, *Le*

A ricomporre il mosaico sono intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione, che - con una soluzione di compromesso, ma equilibrata¹⁰⁴ - hanno sostenuto che l'identità di procedimento sussisterebbe con riferimento ai reati in rapporto di connessione, ai sensi dell'art. 12 c.p.p., con quello in relazione al quale le intercettazioni sono state inizialmente autorizzate, e purché rientri nel catalogo di cui all'art. 266 c.p.p.¹⁰⁵.

Le geometrie in tal modo tracciate sono state, almeno in parte, ridisegnate dal legislatore, che ha modificato il co. 1 dell'art. 270 c.p.p. e vi ha interpolato un nuovo co. 1-*bis*, espressamente dedicato al captatore informatico. A tale risultato si è giunti in più tappe, che si ritiene necessario ripercorrere sinteticamente, non per ozioso esercizio di stile, bensì per una migliore comprensione delle problematiche esegetiche oggi poste all'attenzione dell'interprete.

Dapprima, per quanto riguarda l'uso delle intercettazioni ottenute attraverso il *Trojan virus*, si stabiliva che, fermo restando quanto previsto dal co. 1 dell'art. 270 c.p.p., i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile potessero essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali fosse stato emesso il decreto di autorizzazione, qualora risultassero indispensabili per l'accertamento dei

garanzie delle intercettazioni, cit., 183 ss.; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 182; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 164; NAPPI, *Sull'utilizzazione extra-penale dei risultati delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2014, 386 ss.; RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 103 ss.

¹⁰⁴ Analogamente, MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 cpp al crocevia fra interpretazioni giurisprudenziali ed interventi normativi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3 giugno 2020, 25.

¹⁰⁵ Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, Cavallo, in *Cass. Pen.*, 2020, 1877 ss., con commento di NATALI, *Sezioni unite e "Legge Bonafede": nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, in *Arch. pen. web*, 2020, 1, 1 ss., con nota di SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 993 ss., con commento di INNOCENTI, *Le Sezioni Unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 863 ss., con nota di CHELO, *Divieto di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi: le Sezioni Unite scelgono la via garantista*, in *www.sistemapenale.it*, 30 gennaio 2020, con osservazioni di ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*.

Principio di diritto poi ribadito anche in Cass., Sez. III, 15 maggio 2025, n. 181413, in *www.penaldp.it*, 31 luglio 2025, con nota di FILIPPI, *Intercettazioni: dopo la sentenza Cavallo, arriva la cavallina storna: si ritorna alle autorizzazioni in bianco?*, Cass., Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 1757, in *www.sistemapenale.it*, 27 gennaio 2021, con osservazioni di ALBANESE, *La Cassazione ritorna sui limiti all'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nell'ambito del "medesimo procedimento": una parola definitiva, ma non per il futuro*.

delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza (art. 270, co. 1-*bis* c.p.p., così come introdotto dal d.lgs. 216/2017). In un secondo momento, si procedeva a estendere l'eccezione alla regola generale enucleata nell'art. 270, co. 1 c.p.p. anche ai reati elencati nell'art. 266, co. 1 c.p.p.; mentre, nell'art. 270, co. 1-*bis* c.p.p., veniva sostituito il riferimento ai delitti per cui è obbligatorio l'arresto con quello agli illeciti richiamati nell'art. 266, co. 2-*bis* c.p.p.¹⁰⁶.

Da ultimo, il d.l. 10 agosto 2023, n. 105, conv. con mod. L. 9 ottobre 2023, n. 137, ha espunto le parole «e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1» dal corpo dell'art. 270, co. 1 c.p.p., riportando la disciplina, sotto questo specifico profilo, allo stato precedente l'ultima stagione di novelle¹⁰⁷.

A valle dell'intervento riformista, si registra, pertanto, la presenza di due differenti regimi di utilizzo inter-procedimentale dei risultati delle intercettazioni, uno relativo alla generalità dei casi, l'altro espressamente dedicato al captatore informatico. Ora, posto che in relazione al primo dovrebbero valere le conclusioni interpretative maturate rispetto alla precedente formulazione, così

¹⁰⁶ Per vero, in sede di decretazione d'urgenza (d.l. 161/2019), il Governo precisava che gli illeciti per i quali si sarebbe potuto procedere a un uso esterno dei risultati dell'intercettazione realizzata con il captatore informatico dovessero essere compresi nell'elencazione di cui all'art. 266, co. 1 c.p.p., per un verso, e, per l'altro, che tale utilizzo fosse possibile per la prova del fatto, senza richiedere il requisito dell'indispensabilità. In sede di conversione, la legge (L. 7/2020) procedeva, da un lato, a modificare nuovamente la formulazione della disposizione iscritta nell'art. 270, co. 1-*bis* c.p.p. nei termini indicati nel testo e reintroducendo il presupposto dell'indispensabilità, e, dall'altro, interveniva sull'ambito operativo della disciplina generale ex art. 270, co. 1 c.p.p., prevedendo la possibilità dell'utilizzo del materiale captato in procedimento diverso solo se rilevante, oltre che indispensabile, per l'accertamento dei reati ivi indicati.

Per la ricostruzione dei singoli passaggi, si rinvia a BEI, *I presupposti per l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi*, cit., 380 ss.; BRANCACCIO, *Sub art. 270 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, cit., 2006 ss.; CASATI, *Le intercettazioni*, cit., 346; FILIPPI, *Sub art. 270 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, vol. I, Milano, 2023, 3635; LARINNI, *La (contro)riforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in *www.discrimen.it*, 21 gennaio 2020, 4 ss.; LA ROCCA, *L'uso dei risultati delle intercettazioni in "procedimenti diversi"*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 385 ss.; RENZETTI, *Sub artt. 266-272 c.p.p. (d. legisl. 29 dicembre 2017, n. 216 e successive modifiche)*, cit., 1161 ss.

¹⁰⁷ L'unica difformità che si riscontra fra il testo attualmente vigente dell'art. 270, co. 1 c.p.p. e quello precedente risiede (come segnalato *supra* nella nota n. 106) nella indicazione che l'uso del materiale captato all'interno di un diverso procedimento sia consentito solo se esso è, non solo indispensabile, ma anche rilevante ai fini dell'accertamento. Al riguardo, DIDI, *Il regime dell'utilizzabilità*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 122, il quale, correttamente, ritiene che il requisito della rilevanza fosse già implicito in quello dell'indispensabilità.

come già in precedenza richiamate¹⁰⁸, occorre concentrare l'attenzione sul secondo, che presenta difficoltà esegetiche intrinseche, dovute alla formulazione legislativa utilizzata, ed estrinseche, legate al suo rapporto con l'art. 270, co. 1 c.p.p.¹⁰⁹.

Dal primo angolo di visuale, non sfugge il cambio di struttura sintattica della formula rispetto agli antecedenti normativi, che passa da una costruzione imperniata sulla relazione fra regola (inutilizzabilità) ed eccezione a una incentrata sul permesso, seppur condizionato, di uso trasversale¹¹⁰. La sostanziale inversione di paradigma potrebbe indurre a ritenere che si sia voluto rendere più agevole il travaso *aliunde* del captato; sennonché tale conclusione sarebbe quantomeno affrettata, là dove si consideri che in senso opposto depone la differente calibratura dell'oggetto della prova *ad quem*, individuato attraverso il riferimento, non più al procedimento diverso, ma a reati diversi da quelli in relazione ai quali il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato, e in particolare a quelli di criminalità organizzata e contro la pubblica amministrazione, ex art. 266, co. 2-*bis* c.p.p.

Questa scelta, lungi dal rappresentare una mera variazione lessicale, si porrebbe - secondo l'impostazione fatta propria dai primi interpreti - in controtendenza rispetto al passato al fine di restringere ulteriormente la circolazione del materiale raccolto. In siffatta prospettiva, la formulazione poc'anzi ricordata varrebbe, più nel dettaglio, a escludere, non solo l'utilizzabilità esterna al procedimento, ma anche quella interna, con riferimento a un reato diverso rispetto quello indicato nel decreto autorizzativo, da intendersi come fatto storico differente¹¹¹, ovvero - secondo un'interpretazione dottrinale minoritaria - anche come medesimo fatto, ma diversamente qualificato¹¹². In altri termini, la soluzione individuata dal legislatore impedirebbe l'uso dei risultati anche per

¹⁰⁸ In tal senso anche GIORDANO, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 18; NOCERINO, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, cit., 9.

¹⁰⁹ Nella medesima direzione LA ROCCA, *L'uso dei risultati delle intercettazioni in "procedimenti diversi"*, cit., 396.

¹¹⁰ Così, SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *www.sistemapenale.it*, 13 gennaio 2020, 59.

¹¹¹ Tra gli altri, CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni tra «archivio riservato» e «captatore informatico»*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 171; DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, cit., 101.

¹¹² BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., 261.

l'accertamento dei reati commessi *ex art.* 12 c.p.p., discostandosi, in tal modo, dall'insegnamento delle Sezioni unite¹¹³.

Orbene, la ricostruzione in tal modo effettuata – pur suggestiva, per la sensazione di linearità e ragionevolezza che trasmette – risulta, in realtà, meno persuasiva di quanto sembri *ictu oculi*, alla luce della clausola di salvezza (fermo restando quanto previsto dal co. 1), posta in apertura della disposizione in commento: donde – venendo al secondo profilo – l'opportunità di un ulteriore approfondimento in merito ai rapporti fra le due norme, di cui all'art. 270, co. 1 e 1-*bis* c.p.p.

Invero, pur attenendosi al dato letterale, si deve anzitutto escludere che alla riserva in parola sia attribuito il compito di ribadire l'inutilizzabilità delle risultanze dell'intercettazione mediante captatore in procedimenti diversi, posto che un simile risultato già emerge, senza la necessità di ulteriori corroborazioni, dalla lettera del co. 1-*bis*. Analogamente, non convince la tesi secondo cui – in virtù della clausola *de qua* – la regola speciale in tema di captatore avrebbe una portata limitata al medesimo contesto procedimentale, rinviando, per ciò che concerne la circolazione inter-procedimentale, al co. 1¹¹⁴, dal momento che, interpretando in questo senso il rapporto fra i primi due commi dell'art. 270 c.p.p., si avrebbe l'effetto di estendere il perimetro di utilizzabilità *aliunde* rispetto a quello intra-procedimentale, in aperto contrasto tanto con la necessità di porre una stretta alla circolazione dei materiali probatori ottenuti con lo strumento più invasivo, quanto con l'esigenza di tutelare le prerogative dei soggetti coinvolti¹¹⁵.

Si potrebbe, allora, pensare che la clausola riguardi solo l'eccezione codificata nell'art. 270, co. 1 c.p.p. in merito ai delitti per cui è previsto l'arresto obbliga-

¹¹³ In termini analoghi, DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, cit., 101; GIORDANO, *La circolazione delle intercettazioni effettuate con il trojan*, cit.

¹¹⁴ Cfr. LA ROCCA, *L'uso dei risultati delle intercettazioni in "procedimenti diversi"*, cit., 397; NOCERINO, *La regolamentazione del captatore informatico tra esigenze investigative e diritto di difesa*, in *Il fragile mosaico delle garanzie difensive*, a cura di Lorusso, Torino, 2020, 253 ss.

¹¹⁵ Similmente, VELE, *Ambito d'applicazione dello strumento intercettazioni*, cit., 45.

In altra prospettiva, si è criticamente rilevato come l'interpretazione ricordata nel testo porterebbe a un esito al limite del paradosso, in quanto, in talune situazioni, e precisamente quando le prove raccolte riguardano un delitto ad arresto in flagranza obbligatorio non rientrante fra quelli di cui all'elenco contenuto nell'art. 266, co. 2-*bis* c.p.p., l'uso per reati diversi giudicati in procedimenti diversi sarebbe consentita (ai sensi dell'art. 270, co. 1 c.p.p.), mentre l'utilizzazione per reati diversi all'interno dello stesso procedimento sarebbe vietata (per effetto dell'art. 270, co. 1-*bis* c.p.p.). Per questa esemplificazione: VALENTINI, *Un rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, cit., 313.

torio in flagranza¹¹⁶. E purtuttavia predicare un utilizzo trasversale in tal guisa finirebbe per risolversi in un'interpretazione estensiva *in malam partem*, ai limiti della compatibilità con le garanzie che assistono la segretezza e la libertà delle comunicazioni, ai sensi dell'art. 15 Cost.

Dal canto suo, la giurisprudenza ha proposto un ulteriore e diverso sentiero esegetico, che passa attraverso una distinzione fra l'operazione concretamente eseguita con il *Trojan* virus nel singolo caso. In questo senso, qualora fosse realizzata un'intercettazione fra presenti con inoculazione del *malware* su dispositivo elettronico portatile, si ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 270, co. 1-*bis* c.p.p.; al contrario, allorché la captazione riguardi comunicazioni a distanza, la disciplina applicabile diverrebbe quella di cui all'art. 270, co. 1 c.p.p.¹¹⁷. L'esegesi, pur mostrando un rispetto non comune per il dato testuale, ha suscitato perplessità sul piano dell'opportunità. Si è, nello specifico, sottolineato come, a ragionare in questo modo, si introdurrebbe, immotivatamente, una distinzione, in punto di utilizzabilità trasversale delle intercettazioni, fondata sull'utilizzo dell'una o dell'altra metodologia captativa di modo che «nei confronti di un indagato per lo stesso reato, anche nello stesso procedimento [...], gli esiti delle intercettazioni potrebbero essere usati come prova se compiuti con mezzi tradizionali e sarebbero inutilizzabili se le captazioni sono state realizzate con il trojan»¹¹⁸.

In definitiva, l'enigma dell'art. 270 c.p.p., per parafrasare una felice espressione dottrinale¹¹⁹, è ben lungi dall'essere risolto. L'impressione è, peraltro, che il successivo affastellarsi di novelle *in subiecta materia* abbia prodotto un costruito normativo composto da elementi ispirati a paradigmi di politica giudiziaria differenti, se non antitetici, il cui combinarsi produce risultati, ora difficilmente compatibili con la grammatica fondamentale della materia, ora più semplicemente non desiderabili, rendendo imprescindibile un nuovo intervento del legislatore o della Corte costituzionale.

¹¹⁶ Questa è l'interpretazione proposta da VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle sezioni unite e la riforma del 2020*, in *Sist. pen.*, 2020, 193; analogamente, SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 59. *Contra* LA ROCCA, *L'uso dei risultati delle intercettazioni in "procedimenti diversi"*, cit., 399.

¹¹⁷ Così, Cass., Sez. IV, 20 giugno 2024, n. 25401, cit., Considerato in diritto § 3.

¹¹⁸ GIORDANO, *La circolazione delle intercettazioni effettuate con il trojan*, cit.

¹¹⁹ VALENTINI, *Un rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, cit., 279 ss.

10. *Le intercettazioni transfrontaliere nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea.* Il suo peculiare meccanismo di funzionamento fa del captatore informatico un formidabile strumento di indagine transfrontaliero. Invero, la possibilità che esso offre di seguire il soggetto sottoposto a sorveglianza si può rivelare molto utile nella misura in cui consente di continuare l'intercettazione - senza soluzione di continuità - al suo spostarsi dentro e fuori i confini nazionali.

Tale circostanza ha portato, come è noto, all'accostamento del congegno a una prassi, il c.d. instradamento, che, da tempo in uso con riferimento alla captazione delle conversazioni attraverso la rete di telefonia mobile¹²⁰, ha destato perplessità presso la dottrina. L'*escamotage* consiste, nelle sue linee essenziali, nel convogliamento presso un unico nodo telefonico collocato sul territorio italiano delle chiamate «in partenza da utenze italiane, ancora indeterminate, e dirette verso [un']utenza straniera, ovvero provenienti da tale ultima verso qualsiasi, non ancora identificata, utenza italiana»¹²¹, senza ricorrere alle procedure di assistenza giudiziaria internazionale. Nell'ambito delle intercettazioni realizzate per mezzo del virus informatico, peraltro, la questione assume connotati peculiari, in quanto rispetto all'ipotesi tipica non sono richie-

¹²⁰ *Ex multis*, Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 9161, Rv. 262441. Lo stesso schema decisionale viene ripetuto anche con riferimento all'intercettazione dei messaggi scambiati mediante sistemi *Blackberry*, pure là dove, ai fini dell'intelligibilità del captato, si debba fare ricorso alla collaborazione dell'azienda produttrice, situata all'estero: in tal senso, Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 49896, Rv. 277949; Cass., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 50452, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, 1 ss., con commento di TESTAGUZZA, *Chat BlackBerry: sistema "pin-to-pin". Nascita di un nuovo paradiso processuale*. In argomento, anche FILIPPI, *Questioni nuove in tema di intercettazioni: quid iuris sul "pin to pin" dei blackberry?*, *ivi*, 1 ss.

¹²¹ APRILE, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. Pen.*, 2009, 443. In argomento, in generale, DE LUCA, *Il restyling della cooperazione giudiziaria penale: nuovi istituti e vecchi problemi*, in *Cass. Pen.*, 2019, 4110 ss.; DIDI, *Il regime delle intercettazioni telefoniche per "instradamento"*, in *Giust. pen.*, 2001, 120 ss.; ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, vol. XLIV.3, Milano, 2025, 300 ss.; GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di Bene-Lupária-Marafioti, Torino, 2016, 210; MAGGIO, *Intercettazioni no limits: il captatore informatico per "instradamento"*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 448 ss.; MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, vol. XLV, Milano, 2005, 235 ss.; MAZZA, *Critica delle prove atipiche nella deriva giurisprudenziale*, in *Dir. difesa*, 2022, 1, 59 ss.; RUGGIERI, *Le intercettazioni per "instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1062 ss.

sti né lo sfruttamento, né la creazione di un nodo, ma semplicemente l'impiego della rete internet, già di per sé costituita di una moltitudine di nodi¹²².

La legittimità di questa particolare metodologia investigativa deve, oggi, essere valutata alla luce del reticolo di disposizioni che regolano la cooperazione giudiziaria fra i paesi membri dell'Unione europea, e più nello specifico dello strumento dell'ordine di indagine europea, di cui alla Direttiva 2014/41/UE¹²³, così come attuata dal legislatore italiano¹²⁴.

Orbene, la materia risulta disciplinata dagli artt. 30 e 31 della Direttiva 2014/41/UE e, a livello nazionale, dagli artt. 23-25 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, per quanto riguarda il versante passivo, e, per ciò che concerne il lato attivo, dagli artt. 43-46 del medesimo atto normativo.

Non essendo questa la sede per una disamina capillare dei testi¹²⁵, sia qui sufficiente ricordarne i tratti essenziali con specifico riguardo al tema qui esami-

¹²² In questo senso, in particolare, TROGU, *Intercettazioni all'estero mediante captatore informatico: nuovi strumenti, vecchi problemi*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 595.

¹²³ Attribuisce alla Direttiva 2014/41/UE una funzione ricognitiva e di assorbimento degli strumenti di cooperazione elaborati fino ad allora dall'Unione europea, CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019, 250.

¹²⁴ Si segnala, per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria con Paesi diversi da quelli membri dell'Unione europea, come la prassi abbia già fatto perno sulla tecnica dell'instradamento per ritenere legittime intercettazioni realizzate mediante captatore informatico senza attivare lo strumento rogatorio ex artt. 727 e ss. c.p.p. In questo senso, secondo Cass., Sez. II, 22 luglio 2020, n. 29362, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1352 ss., con nota di DE MARTINIS, *La Cassazione rifiuta la rogatoria per le intercettazioni all'estero col captatore informatico*, l'intercettazione ambientale effettuata con lo strumento in commento, installato in Italia su telefono collegato ad un gestore nazionale, non richiede l'attivazione di una rogatoria internazionale per il solo fatto che le conversazioni siano eseguite in parte all'estero, e temporaneamente registrate tramite *wifi* locale, a causa dello spostamento dell'apparecchio sul quale è inoculato il *malware*, atteso che la captazione ha avuto origine e si è comunque realizzata in Italia, attraverso le centrali di ricezione presso la Procura della Repubblica. *Dictum*, quest'ultimo, che ha destato forti e condivisibili riserve da parte della dottrina, la quale ha visto in esso un mero artificio retorico, volto a salvare il lavoro degli inquirenti «mediante un'inaccettabile giustificazione dell'evidente violazione della disciplina delle intercettazioni» (in tal senso, testualmente MAGGIO, *Intercettazioni no limits*, cit., 467). Sul punto, infatti, si è da più parti rilevato come si dovrebbe avere riguardo, non tanto al luogo di registrazione/esecuzione, ma piuttosto a quello in cui avviene la captazione; se quest'ultimo si trova all'estero, secondo questo schema di pensiero, si renderebbe indispensabile il ricorso alla rogatoria internazionale (così TROGU, *Intercettazioni all'estero mediante captatore informatico: nuovi strumenti, vecchi problemi*, 594; similmente NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 283 ss., la quale sottolinea altresì come tale impostazione non metterebbe al riparo da dubbi circa l'integrità dei dati raccolti).

¹²⁵ Per un'analisi ad ampio spettro dello strumento in parola, si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, fra gli altri, a BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Milano, 2017,

nato. In questa prospettiva, va ricordato come gli articoli appena citati delineino due fattispecie differenti. La prima, che riguarda la situazione in cui l'esecuzione dell'intercettazione di telecomunicazioni¹²⁶ richieda l'assistenza dello Stato del luogo si trova il dispositivo o il sistema da controllare, presuppone, dapprima, l'emissione di un ordine di indagine, da parte dell'organo competente dello Stato richiedente (nella disciplina italiana, il pubblico ministero), in via preliminare al compimento delle operazioni e, in secondo luogo, il riconoscimento nell'ordinamento della *lex loci* (in Italia il compito è affidato sempre al magistrato inquirente, previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari)¹²⁷.

La seconda è, invece, relativa a quelle ipotesi in cui non sia richiesto alcun ausilio tecnico. Qui, è previsto unicamente il dovere di informare lo Stato in cui devono avvenire le captazioni, in via preventiva – se il luogo situato all'estero è già noto –, ovvero successivamente, vale a dire non appena l'autorità giudiziaria abbia notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trova nell'area territoriale di un altro Paese membro, il quale può, senza ritardo e al più tardi entro novantasei ore dalla ricezione della comunicazione, notificare all'autorità competente dello Stato di emissione il provvedimento con cui si vieta l'intercettazione o se ne ordina la cessazione, e si pongono, se necessario, condizioni di utilizzabilità degli eventuali risultati dell'intercettazione già ottenuti. In ambedue le ipotesi, figura – a seconda dei casi, a guisa di motivo di ri-

passim; CHIAVARIO-PERDUCA, *Cooperazione giudiziaria in materia penale*, Torino, 2022, 209 ss.; CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'Unione europea*, Milano, 2024, *passim*; DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*, cit., 553 ss.; ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., *passim*; MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2018, 827 ss.; MARCHETTI-BARGIS, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 1125 ss.; SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 675 ss.; nonché agli scritti raccolti in BENE-LUPARIA-MARAFIOTI, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit.; DANIELE-KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale*, Torino, 2018; MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, 2018, Parte II.X; MARCHETTI-SELVAGGI, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Milano, 2019, Parte seconda, Sezione II e Parte terza, Capitolo IV; RUGGIERI, *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, vol. II, Torino, 2018, Parte prima.

¹²⁶ Vale la pena sottolineare come, mentre il testo europeo parla di intercettazione di telecomunicazioni, il legislatore italiano abbia adottato un approccio meno sintetico, là dove, nella definizione dell'oggetto della captazione ex art. 43 d.lgs. 108/2017, si riferisce a conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici.

¹²⁷ In tal senso, in particolare, ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 301.

fiuto al riconoscimento o di divieto all'esecuzione autonoma delle operazioni - la circostanza che l'intercettazione non sia ammessa dalla *lex loci* in un procedimento interno analogo¹²⁸.

Come è agevole notare, l'attività captativa attraverso il *Trojan* può essere ricondotta entro la fattispecie da ultimo ricordata, considerate la natura e le modalità di funzionamento dello strumento. Tale constatazione, se per un verso induce a ritenere non più praticabile la tecnica dell'instradamento nell'ambito dei rapporti con i Paesi membri dell'Unione europea, dovendosi procedere quantomeno alla notifica di cui agli artt. 31 Direttiva 2014/41/UE, 24 e 44 d.lgs. 108/2017¹²⁹, per l'altro non esaurisce i profili di indagine rilevanti in questa sede: rimangono da verificare tanto la gamma delle operazioni concretamente ammissibili, quanto l'effettiva consistenza dei margini di valutazione a disposizione delle competenti autorità della *lex loci* in merito al riconoscimento dell'ordine finalizzato all'intercettazione mediante virus o al blocco di quelle da eseguirsi in via autonoma da parte degli organi della *lex fori*.

Circa il primo quesito, ci si chiede se il captatore informatico possa essere utilizzato anche per l'esecuzione di intercettazioni *inter praesentes* ovvero solo quale metodologia di apprensione di telecomunicazioni¹³⁰. Il dubbio nasce dal fatto che la fonte europea richiama solamente quest'ultima tipologia di operazioni e non la prima¹³¹. Ora, a quanti forniscono una soluzione negativa, ar-

¹²⁸ A livello nazionale, il d.lgs. 108/2017 distingue il vaglio che il giudice per le indagini preliminari deve effettuare, a seconda che si versi nel caso di richiesta di intercettazione, ovvero di comunicazione. Nella prima ipotesi, il giudice per le indagini preliminari, oltre che verificare l'insussistenza dei motivi di rifiuto di cui all'art. 10 d.lgs. 108/2017, deve anche accertare che ricorrano le condizioni di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova previste dall'ordinamento interno (art. 23, co. 3 d.lgs. 108/2017). Nel secondo, invece, la valutazione riguarda la riconducibilità del reato per il quale si procede nei cataloghi di quelli per i quali è possibile disporre l'intercettazione (art. 24, co. 2 d.lgs. 108/2017).

¹²⁹ ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 308; MAGGIO, *Intercettazioni no limits*, cit., 465; MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 248; NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 292; TROGU, *Sub art. 44 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., 1099.

¹³⁰ Dubbi potrebbero nascere anche intorno alla possibilità di utilizzare lo strumento del captatore informatico per l'esecuzione delle operazioni intercettive transfrontaliere, posto che né la Direttiva 2014/41/UE, né il d.lgs. 108/2017 menzionano il congegno. Ma poiché quest'ultimo viene considerato una modalità esecutiva del mezzo di ricerca della prova, di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p., non vi sono ragioni per escludere il ricorso a esso, ove risulti necessario e proporzionato. In tal senso ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 308.

¹³¹ V. *supra* la nota n. 126.

gomentando a partire dalla *littera legis*¹³², si oppongono altri interpreti che rispondono positivamente, facendo perno su considerazioni di carattere sistematico-teleologico¹³³. In tale direzione, in particolare, si è mossa Eurojust, che, pur rimarcando la differenza fra l'intercettazione telefonico-telematica e quella ambientale, ha ritenuto che – in assenza di una chiara e precisa definizione – il concetto di *telecommunication* deve essere inteso nel senso più ampio possibile, e dunque comprensivo di entrambe, anche al fine di approntare il medesimo livello di garanzie a fronte di paragonabili livelli di intrusione nella sfera privata dei singoli¹³⁴.

Pur non potendo che biasimare una mancata presa di posizione esplicita sul punto da parte del legislatore europeo, giustificabile solo a fronte della oggettiva difficoltà di approntare soluzioni in linea con le differenti e molteplici discipline dei Paesi membri, si ritiene preferibile, alla luce di un dettato normativo non risolutivo, l'impostazione da ultimo ricordata¹³⁵. Essa, infatti, consente di evitare gli evidenti inconvenienti che l'accoglimento della tesi opposta potrebbe comportare in termini di efficienza della cooperazione giudiziaria – la quale finirebbe col doversi avvalere di meno pronte forme di assistenza, come la rogatoria tradizionale¹³⁶.

¹³² BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 307; NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., 467; NOCERINO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 291; PARODI, *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2020, 1323.

¹³³ ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 314; MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., 247; TROGU, *Sub art. 44 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108*, cit., 1099.

¹³⁴ Così, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, adottato da Eurojust il 25 novembre 2020, 46, disponibile al seguente indirizzo: www.eurojust.europa.eu/publication/report-eurojust-casework-european-investigation-order. Per un commento v. DE LUCA, *Intercettazioni eseguite mediante ordine europeo d'indagine: qualcosa di nuovo sul fronte occidentale?*, in *Cass. Pen.*, 2023, 592 ss.; ESPOSITO, *Analisi del "Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order"*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 677 ss.

¹³⁵ Si consideri, infatti, che il legislatore nazionale, nel descrivere le attività che possono essere chieste attraverso l'emissione dell'ordine da parte del pubblico ministero italiano, ha inserito anche le comunicazioni *tout court*, ai sensi dell'art. 43 d.lgs. 108/2017, fornendo un appiglio testuale alla possibilità di captare anche le conversazioni tra presenti.

¹³⁶ Si segnala, al riguardo, la proposta, formulata da parte della dottrina, di predisporre delle *standard operating procedures* in tema di utilizzo degli strumenti informatici di captazione, valide per tutti Paesi membri dell'Unione europea, al fine di rendere più agevole la raccolta transnazionale delle prove dematerializzate. In tal senso ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 318; MAGGIO, *Intercettazioni no limits*, cit., 459.

Tanto chiarito, non resta che passare al secondo interrogativo, incentrato sui margini di sindacato a disposizione dell'autorità giudiziaria italiana nella procedura passiva¹³⁷. Il problema si pone allorché sia notificato, *ex art.* 24 d.lgs.

¹³⁷ Sul fronte attivo, almeno apparentemente, non sembrerebbero esservi problemi di sorta. L'ordine europeo di indagine finalizzato a richiedere l'assistenza per il compimento delle intercettazioni e la notifica della loro esecuzione autonoma da remoto tramite virus, deve seguire lo schema generale impresso dagli artt. 266 e seguenti c.p.p. in tutte le sue articolazioni (così NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., 487).

Come è noto, tuttavia, si sono poste alcune difficoltà interpretative in relazione alle modalità di acquisizione e al regime di utilizzo delle comunicazioni scambiate su chat criptate, già raccolte e rese fruibili in chiaro a opera dell'autorità giudiziaria di un Paese membro dell'Unione europea. I dubbi, in particolare, sono dovuti alla difficoltà di inquadrare le operazioni svolte dagli inquirenti stranieri in una precisa categoria di diritto interno, potendo le stesse configurare ora intercettazioni (con riferimento al flusso comunicativo in atto), ora perquisizioni e sequestri online (in relazione alla messaggistica stoccata nei server), ora ancora attività di *online-surveillance*. È parimenti risaputo come la questione abbia dato vita a un contenzioso giurisprudenziale ai più alti livelli, coinvolgendo tanto il massimo consesso nomofilattico, quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea. Orbene, pur nella difficoltà di ricostruire la vicenda giudiziaria, che, peraltro, ha coinvolto diversi e molteplici Stati europei, vale, in questa sede, la pena accennare al fatto che, nel contesto nazionale, le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 29 febbraio 2024, n. 23756, Rv. 286589; Cass., Sez. un., 29 febbraio 2024, n. 23755, Rv. 286573) hanno sconfessato l'orientamento che sosteneva l'acquisibilità di tale materiale tramite l'art. 234-*bis* c.p.p., statuendo, condivisibilmente, come la trasmissione del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti a essa rientri nell'ambito di applicazione della disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt. 238 e 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.. In argomento, da ultimo, MICCIONE, *Categorie probatorie obsolete e utilizzabilità delle chat decriptate acquisite con ordine europeo di indagine*, in *Ind. Pen. online*, 2026, 1, 1 ss.

Mentre il giudice europeo ha ribadito che la legittimità dell'ordine di indagine, in simili evenienze, riposa sul rispetto delle stesse condizioni applicabili, se del caso, alla trasmissione di dati in una situazione puramente interna allo Stato di emissione. Ne deriva che, se quest'ultimo subordina tale trasmissione all'esistenza di indizi concreti di commissione di reati gravi da parte dell'imputato o all'ammissibilità delle prove costituite dai dati di cui trattasi, l'adozione di un ordine europeo di indagine è soggetta a tutte le medesime condizioni. Così Corte giust. UE, 30 aprile 2024, *Encrochat*, C-670/22, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1266 ss., con commento di BELFIORE, *L'ordine europeo di indagine nella sentenza "Encrochat" della Corte di Giustizia UE*; e in www.giustiziainsieme.it, 6 maggio 2024, con osservazioni di SPANGHER, *La Corte di Giustizia e i criptofonini*.

Sui risvolti della vicenda, che ha destato anche una vasta eco mediatica in ragione dell'apposizione del segreto di Stato da parte delle Autorità francesi in merito alle modalità con le quali sono riuscite a bucare la rete di sicurezza dei c.d. criptofonini, fra gli altri, BERNARDINI, *On Encrypted Messages and Clear Verdicts - the EncroChat Case before the Court of Justice (Case C-670/22, MN)*, in www.EUlawlive.it, 21 maggio 2024; BOTTARI, *Messaggistica criptata, ordine europeo di indagine e tutela dei diritti fondamentali. Il timido approccio delle sezioni unite sul caso Sky-ECC*, in *Foro it.*, 2025, II, 209 ss.; CALAVITA, *Criptofonini e ordine europeo di indagine penale (OEI): ancora zone d'ombra*, in *Proc. pen. giust.*, 2025, 789 ss.; DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in www.sistemapenale.it, 17 luglio 2024, ID., *OEI e messaggi digitali già acquisiti all'estero. Riflessioni a partire dal caso Sky ECC*, *ivi*, 27 marzo 2025; DI PAOLO, *La circolazione transfrontaliera delle prove*

108/2017, l'inizio di un'intercettazione con captatore informatico, che, però, avvenga con modalità e secondo un regime differenti rispetto a quelli risultati dal combinato disposto degli artt. 266 e 267 c.p.p.¹³⁸. Al riguardo, il dato normativo, quantomeno esplicitamente, circoscrive la facoltà di blocco alla circostanza che le intercettazioni siano state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le stesse non sono consentite (art. 24, co. 2 d.lgs. 108/2017): disposizione, questa, che è stata intesa in senso restrittivo, ovvero sia come legittimante l'inibitoria solo se il delitto per cui si procede all'estero non rientri nell'elenco *ex artt. 266 e 266-bis c.p.p.*¹³⁹.

La tesi non convince del tutto. Non si intende certo negare che il legislatore nazionale abbia scelto una formula che assai difficilmente potrebbe dirsi allusiva degli altri presupposti del mezzo di ricerca della prova *de quo*. Più semplicemente, si vuole sottolineare come, quando entra in gioco lo strumento del captatore informatico, non sembra opportuno accontentarsi di una delibazione formale di tal fatta, in ragione della maggiore invasività del mezzo, che richiede un più pregnante scrutinio attraverso i principi di adeguatezza e di proporzionalità.

Al riguardo, può tornare utile impostare un'equivalenza con gli artt. 23 d.lgs. 108/2017 e 10 Direttiva 2014/41/UE, le cui formulazioni rimandano, inequi-

elettroniche, in www.penaldp.it, 13 maggio 2024; ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 324 ss.; LORENZETTO, *Il caso Encrochat e l'ordine europeo di indagine penale nella staffetta fra Corte di giustizia e diritto dello Stato di emissione*, in *Cass. Pen.*, 2024, 2887 ss.; MARAFIOTI, *Sezioni Unite e tirannie tecnologiche: diritto di difesa, contraddittorio e "criptofonini"*, in www.dirittoadifesa.it, 18 settembre 2024; MORCELLA, *Le due mosse, con cui l'AG francese ha "hackerato" Sky ECC*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1377 ss.; NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata dall'estero*, in *Sist. pen.*, 2024, 201 ss.; PERRUCCIO, *Ordine europeo di indagine e criptofonini: l'interpretazione della Corte di giustizia nel caso encrochat*, in *Slide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di Bernardini-De Caro, Torino, 2025, 143 ss.; RAUCCI, *L'ordine europeo di indagine e prove digitali: tra presunzione di legittimità degli atti compiuti all'estero e diritti fondamentali*, in www.penaldp.it, 9 giugno 2025; SIGNORATO, *Indagini e prove digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1171

¹³⁸ Difficilmente potrebbe essere considerato motivo ostativo al riconoscimento dell'ordine la mancata osservanza delle prescrizioni contenute nell'art. 89, co. 1, 2 e 3 disp. att. c.p.p., considerando che, da un lato, il loro rispetto non è previsto a pena di inutilizzabilità del captato e, dall'altro, richiedere un adeguamento tecnico di tale dettaglio potrebbe porre un argine finanche eccessivo alla cooperazione giudiziaria internazionale. Per un'argomentazione simile, NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., 479.

¹³⁹ Così la *Circolare 26 ottobre 2017 - Attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale - Manuale operativo*, adottata dal Ministero della Giustizia, consultabile al sito www.giustizia.it.

vocabilmente, alle condizioni di ammissibilità poste dalla *lex loci*¹⁴⁰. In questa prospettiva, l'oggetto del vaglio giudiziale dovrebbe contemplare anche la non riconducibilità delle conversazioni captate a quelle protette dall'*attorney-client privilege*, ai sensi dell'art. 103 c.p.p.¹⁴¹, così come l'indispensabilità dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini¹⁴². Allo stesso modo, con specifico riferimento all'uso del *Trojan virus* per l'esecuzione di intercettazioni ambientali, si dovrebbe tenere conto dei limiti che la disciplina italiana pone allo strumento, e per l'effetto pretendere, se del caso a valle di un'interlocuzione con le autorità del Paese della *lex fori*, ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 108/2017¹⁴³, l'indiretta indicazione dei luoghi e dei tempi di attivazione del microfono¹⁴⁴. Non si ignora come il rispetto di tale prescrizione si riveli, in

¹⁴⁰ La soluzione proposta nel testo ha, inoltre, il pregio di rimediare, sebbene solo in via interpretativa, all'incoerenza del legislatore che ha distinto la consistenza del vaglio di ammissibilità a seconda che la tecnologia utilizzata richieda o meno l'assistenza dello Stato di esecuzione, dettando, inopinatamente, per il primo caso condizioni più rigorose. In termini analoghi BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 312, secondo cui «la schizofrenia legislativa non è ammessa e la previsione di due norme susseguenti che espongono due concetti diversi, di certo non agevola l'interprete».

¹⁴¹ Sul divieto di cui all'art. 103, co. 5 c.p.p., si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, GALGANI, *La sfera di "immunità" del difensore*, in *I nuovi orizzonti della difesa tecnica*, a cura di Negri-Renon, Torino, 2017, 307 ss.

¹⁴² Nello stesso senso, NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., 481, che, altresì, specifica come non debba richiedersi la sussistenza dell'altro presupposto sostanziale delle intercettazioni, i gravi indizi di reato, posto che una simile condizione finirebbe con il limitare grandemente il principio del reciproco riconoscimento.

Secondo, DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 28 luglio 2017, «l'art. 24 comma 2 non specifica che la regola speciale opera "in deroga" alla regola generale dell'art. 9 commi 1 e 3, che, come abbiamo visto, richiede l'osservanza di tutti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*. Né esso precisa che, ai fini delle intercettazioni senza l'assistenza dell'Italia, siano necessari "solo" i presupposti penalistici richiesti dalle norme italiane. Ciò permette di attribuire alla regola speciale di cui si discute un valore meramente ricognitivo, rendendola di fatto superflua»; ne deriverebbe, secondo questo schema di pensiero, la necessità di verificare il rispetto di tutti i requisiti di cui all'art. 267 c.p.p., compreso quello del *fumus commissi delicti* non soggettivamente orientato. Analogamente, MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., 253.

¹⁴³ L'articolo indicato nel testo, nel tradurre l'art. 10 Direttiva 2014/41/UE, prevede, per quanto qui di interesse, che, qualora l'atto richiesto per l'esecuzione dell'ordine di indagine non sia previsto dalla legge italiana o non ricorrano i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento, il procuratore della Repubblica provveda, previa comunicazione all'autorità di emissione, mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo.

¹⁴⁴ Va da sé che quanto indicato nel testo vale solo con riferimento ai reati comuni compresi nell'art. 266 c.p.p., i soli per i quali è richiesta l'esplicitazione delle coordinate spazio-temporali della captazione *inter praesentes*.

un procedimento transnazionale, ancor meno agevole rispetto a un caso interamente nazionale: l'elemento extra-territoriale, tuttavia, non autorizza a disconoscere le ragioni di tutela¹⁴⁵ che stanno alla base dell'art. 267, co. 1 c.p.p.¹⁴⁶.

Argomenti analoghi dovrebbero indurre a ritenere doverosa anche l'ostensione dei motivi per i quali altre, e meno intrusive, forme intercettive non possono portare ai medesimi risultati utili. Nell'ipotesi di un'intercettazione transfrontaliera, peraltro, questo impegno non dovrebbe essere eccessivamente oneroso, dal momento che la mobilità fuori dei confini nazionali rappresenta di per sé stessa un fattore, non decisivo, ma sicuramente di importanza non trascurabile.

La soluzione proposta ha il pregio di non sacrificare eccessivamente le garanzie approntate dall'ordinamento italiano sull'altare della cooperazione e, allo stesso tempo, di non inibire del tutto quest'ultima. Nulla sembra porsi d'ostacolo, infatti, alla possibilità che – vietata la captazione con il virus informatico, perché non ammessa in un caso analogo interno (art. 9 d.lgs. 108/2017) – intese fra le competenti autorità degli Stati coinvolti portino al compimento del mezzo di ricerca della prova con l'ausilio di tecnologie tradizionali, ove opportuno a seguito dell'emissione di un ordine di indagine, ai sensi dell'art. 23 d.lgs. 108/2017.

11. *Conclusioni.* Pare giunto il momento per alcune brevi riflessioni conclusive. A valle delle considerazioni finora espresse, risulta evidente come la disciplina processuale del captatore informatico risulti contrassegnata da alcuni vizi di fondo.

¹⁴⁵ V. *supra* §§ 3 e 4.

¹⁴⁶ La precisazione dei luoghi e dei tempi di attivazione del microfono, come si è detto, costituisce, infatti, non una mera indicazione operativa, bensì un requisito per disporre l'intercettazione attraverso il captatore informatico. Ricostruita in questo modo la disciplina, la conclusione tratta nel testo si sottrae ai dubbi, prospettati in dottrina, circa la latitudine da assegnare all'impossibilità di svolgimento dell'atto investigativo, ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 108/2017, in relazione ai quali si discute se detta impossibilità vada riferita «solo all'*an*, cioè alle condizioni per lo svolgimento dell'atto, o anche al *quomodo*, ossia alle modalità esecutive»: così SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., 286. In argomento, anche, KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2022, 140 ss.; PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, a cura di Di Pietro-Caianello, Bari, 2016, 381.

Tralasciando di considerare alcuni inciampi in cui sono incorsi i redattori delle disposizioni in tema di operazioni eseguibili e di utilizzo della strumentazione di proprietà di privati, va osservato che la scelta legislativa di consentire il ricorso al mezzo per tutti i reati per cui sono ammissibili le intercettazioni, se, per un verso, agevola l'accertamento degli illeciti, per l'altro, non rassicura sulla possibilità di poter ottenere controllo effettivo circa il rispetto dei diversi regimi di operatività e, di riflesso, delle garanzie poste alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni. Come segnalato in dottrina, infatti, «la pretesa di imbrigliare le intercettazioni con il captatore tramite le sole limitazioni individuabili *ex ante* con il decreto autorizzativo»¹⁴⁷, oltre che illusoria, strutturalmente si presta ad assecondare prassi lassiste, in virtù delle quali le linee di demarcazione tra i diversi “binari” rischiano di sbiadire, lasciando che il governo dello strumento sia rimesso all'autopoiesi giurisprudenziale: inutile dire che un tale risultato poco o nulla si concilia con le esigenze di legalità sottese alla compressione di un diritto fondamentale.

Allo stesso modo, i limiti e le prescrizioni posti sul piano tecnico-esecutivo, la cui tenuta è verificabile pressoché solo attraverso il verbale compilato dalle autorità inquirenti, non si rivelano idonei in ragione dell'obsolescenza a cui sono andati incontro al cospetto del progresso tecnologico.

Parimenti, la sagomatura degli spazi di utilizzabilità del captato in procedimenti differenti, pensata per porre una stretta ulteriore rispetto alla disciplina ordinaria, si rivela, in realtà, fonte di interrogativi di difficile soluzione, oltre che mal coordinata con la regola generale di cui all'art. 270, co. 1 c.p.p.

In prospettiva più ampia, manca una visione sinottica della materia, che, come tale, riesca a tenere insieme in modo coerente le diverse potenzialità del captatore e, a cascata, a rispondere efficacemente alle sollecitazioni della prassi applicativa. Al riguardo, nessun cambio di passo significativo si registra anche alla luce della proposta di legge C. 1822, approvata dal Senato della Repubblica, recante “Modifiche al Codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informativi o telematici o memorie digitali”¹⁴⁸, se è vero che il testo, come attualmente formulato, si disinteressa delle attività

¹⁴⁷ DANIELE, *L'illusione di domare il captatore informatico*, cit., 53.

¹⁴⁸ Su cui v. *supra* la dottrina citata nella nota n. 6.

captative compiute da remoto, gettando un'ombra sull'efficacia e sull'avanguardismo della riforma *in itinere*¹⁴⁹.

Sul piano dell'assistenza giudiziaria internazionale, il ricorso allo strumento in parola può dare vita a dubbi e perplessità a causa, e delle differenti regolamentazioni dei singoli Stati, e dell'ambiguità dell'ordine di indagine europeo, ancora sospeso fra volontà di realizzare la libera circolazione della prova nel territorio dell'Unione e istanze protezionistiche dei particolarismi probatori nazionali¹⁵⁰. Il rischio è, in particolare, che sull'altare di una doverosa cooperazione si abbassino *ultra fines* gli argini di garanzia eretti dal nostro ordinamento¹⁵¹.

In questo quadro, si inseriscono diverse e molteplici proposte *de iure condendo*. In tal senso, un primo progetto passa attraverso la via dell'approntamento di uno strumento di cooperazione *ad hoc*, in modo da «facilitare lo scambio delle informazioni acquisite all'estero (in Paesi *intra-unionali*) per il tramite delle investigazioni esperite mediante nuove tecniche di indagine e, al contempo, predisporre una norma costruita sul modello del dettato di cui art. 270 c.p.p. italiano, individuando limiti e prospettive comuni per acquisire risultati di captazioni in Stati diversi da quelle per cui sono state autorizzate»¹⁵².

Nel medesimo solco, si colloca la proposta di regolamentare l'uso transfrontaliero delle prove elettroniche, attraverso sia regole di collaborazione interstatale in senso stretto, sia un'armonizzazione delle normative nazionali, elabo-

¹⁴⁹ In questi termini, anche CALAVITA, *Criptofonini e ordine europeo di indagine penale (OEI): ancora zone d'ombra*, cit., 796.

¹⁵⁰ CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, 4; SCHIAVONE, *Equivalenza a doppio standard nell'acquisizione della prova preconstituita tramite OEI*, in *Dir. pen. cont.*, 2025, 185.

¹⁵¹ Rischio in parte già realizzatosi nella vicenda *Sky-ECC* (v. *supra* nota n. 137), in cui si è adottata una lettura del canone di equivalenza, ex art. 6 par. 1 lett. b) Direttiva 2014/41/UE, in chiave non di regola di esclusione probatoria, e quindi, dotata di funzione preventiva, intesa a impedire l'introduzione nell'ordinamento dello Stato di emissione di prove acquisite in spregio alla *lex fori*, bensì come implicante un mero controllo di legittimità *ex post*, rendendo più agevole l'elusione delle garanzie assicurate dall'applicazione delle disposizioni processuali interne. In questi termini, SCHIAVONE, *Equivalenza a doppio standard nell'acquisizione della prova*, cit., 195.

¹⁵² NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica su sistemi criptati: intercettazioni o prova documentale?*, in *Cass. Pen.*, 2025, 2796 ss.

rata dall'ELI (*European Law Institute*)¹⁵³. Il testo, per quel che qui interessa, si muove in due direzioni: la prima si articola nella presunzione di ammissibilità della prova raccolta secondo le formalità della *lex loci*, salvo che esse siano incompatibili con i principi costituzionali dell'ordinamento della *lex fori*; la seconda riposa sulla verifica, in quest'ultimo Stato, del rispetto delle garanzie di salvaguardia dell'equità complessiva del procedimento ex art. 6 TUE.

Come è agevole osservare, l'iniziativa, astrattamente apprezzabile, manca di concretezza, probabilmente a causa della necessità di trovare soluzioni accettabili per tutti gli ordinamenti coinvolti, lasciando, però, il campo aperto al rischio – anche a valle di un'eventuale approvazione definitiva – di risultati paradossali, quali la possibilità di utilizzo, nel Paese richiedente, di materiale probatorio di norma non acquisibile, dal momento che «le violazioni procedurali non assumono tutte lo stesso valore, potendo taluna di esse rappresentare una mera irregolarità ed essendo altresì possibile che lo Stato di emissione presenti una regolamentazione più “permissiva” di quella dello Stato di esecuzione»¹⁵⁴.

Orbene, nella innegabile difficoltà di trovare terreno fertile per l'approntamento di strumenti normativi comuni, si potrebbe immaginare di lasciare momentaneamente da parte la via legislativa, in favore della definizione – a opera delle agenzie europee – di *best practice* per la materia. In quest'ottica, le regole essenziali minime che dovrebbero essere approntate, non potendo invadere gli spazi soggetti al canone di legalità, devono occuparsi della sicurezza e della controllabilità da parte dell'autorità giudiziaria degli strumenti tecnici impiegati e dei relativi risultati, nonché dell'assicurazione che le linee guida rispettino i diritti sanciti dalle Costituzioni degli Stati membri, dai Trattati dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali¹⁵⁵.

¹⁵³ Consultabile al seguente indirizzo: www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-proposal-for-a-directive-of-the-european-parliament-and-the-council-on-mutual-admissibility-of-evidence-and-electronic-evidence-in-criminal-proceedings/.

¹⁵⁴ CALAVITA, *Criptofonini e ordine europeo di indagine penale (OEI): ancora zone d'ombra*, cit., 800.

¹⁵⁵ Una particolare attenzione dovrebbe essere dedicata al profilo relativo alla trasmissione tra autorità e all'ostensibilità, nei confronti degli imputati e relativi difensori, delle specifiche tecniche degli strumenti, così come degli accorgimenti messi in atto, e per procedere all'infiltrazione informativa, e per garantire la continuità della catena di custodia, in modo da consentire una difesa adeguata.

Non si ignora come l'aspetto in esame sia fra i più delicati, come recenti inchieste giudiziarie non hanno mancato di dimostrare (v. *supra* la vicenda richiamata nella nota n. 137), dal momento che, sovente, la segretezza circa i mezzi impiegati risulta funzionale a tutelare indagini in atto, ovvero la futura utilizzabilità degli stessi, tanto che in alcuni Paesi, come l'Inghilterra e il Galles, si è fatto perno, fra l'altro, su ar-

Nella medesima prospettiva, inoltre, in omaggio al principio di proporzionalità, si potrebbe anche sondare l'opportunità di accordarsi per limitare, in attesa di più precise prese di posizione da parte del legislatore unionale, l'uso transfrontaliero del captatore per l'accertamento dei reati più gravi e che possiedano una dimensione extraterritoriale, quali, solo per fare qualche esempio, il traffico di stupefacenti, la tratta di persone, lo sfruttamento sessuale dei minori, i delitti di terrorismo, di criminalità organizzata e di corruzione internazionale.

gomenti analoghi per introdurre il divieto di utilizzo di materiale raccolto con le intercettazioni (sul punto, anche per una panoramica sulle polemiche che tale regola di esclusione ha suscitato v. GRIFFITHS-JACKSON, *Digital Evidence, Police Investigations, and Lessons Learned from EncroChat*, cit., 438 ss.). Purtroppo, una volta ammesso l'uso del Trojan, esigenze di salvaguardia delle prerogative difensive, ex artt. 24 Cost., 6 e 8 C.E.D.U., sembrerebbero esigere tale *discovery*.