

Articolo 7

Numero 16, maggio 2019

Copia gratuita — Periodico d'impegno civile dell'Associazione L'Altro Diritto Pisa — Attività autogestita svolta con il contributo finanziario dell'Università di Pisa

In questo numero:

Una nuova possibilità per la Corte Costituzionale di scrivere un'ulteriore pagina nel dibattito sulla legittimità del 4 bis **2**

Il prossimo 26 maggio i cittadini italiani saranno chiamati ad eleggere i propri rappresentanti al Parlamento Europeo **3**

La disciplina cautelare a tutela del rapporto genitoriale: dalla legge n. 62 del 2011 a oggi **5**

La legittima difesa domiciliare alla luce della nuova disciplina **7**

Riservatezza informatica e indagini penali: la questione del c.d. captatore informatico **9**



Maggio 2019



Una nuova possibilità per la Corte Costituzionale di scrivere un'ulteriore pagina nel dibattito sulla legittimità del 4 bis

L'articolo 4 bis, come ben noto a tutti, è norma fortemente discussa e dall'esistenza travagliata. Sin dalla sua emanazione ad inizio anni '90, infatti, puntuali e costanti nel tempo sono state le limitature costituzionali, tutte però, se pur limitando la portata applicativa di tale regime di rigore ne hanno, di fatto, salvato la legittimità complessiva. Con l'ordinanza n° 57913 in data 20 Novembre 2018 la Corte di Cassazione ha chiamato la Corte Costituzionale a scrivere un'ulteriore pagina nel dibattito sulla conformità a costituzione della norma. Norma che, per la sua struttura, porterebbe ad una violazione non solo dei principi costituzionali di rieducazione e ragionevolezza ma anche dell'art 3 CEDU gettando le basi per la delineazione della figura del c.d. ergastolo ostativo, dai giudici di Strasburgo più volte condannato.

È bene sin da subito precisare, però, che la cesura sollevata, anche se accolta, non porterà ad una illegittimità complessiva della norma ma solamente parziale in quanto, la Cassazione non ha scelto la via della frontale incostituzionalità della disciplina dell'istituto. L'oggetto della censura è, infatti, modellato sul caso particolare del ricorrente: un ergastolano condannato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art 416 bis, che, pur in mancanza di collaborazione utile ed essendo stata accertata l'inesistenza dei presupposti per la collaborazione impossibile e/o inesigibile, aveva fatto richiesta di permesso premio. Si contesta allora, a fronte di una condanna all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle asso-

ciazioni in esso previste, la previsione del vincolo di collaborazione come unico strumento per superare la preclusione nell'accesso al beneficio del permesso premio ex art 30 ter o.p.

A dispetto del Tribunale di sorveglianza dell'Aquila che aveva escluso la violazione del dettato costituzionale ritenendo che la norma così strutturata non andasse a delineare "un'ipotesi di preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari, essendo rimessa al condannato la possibilità di superare il divieto normativo attraverso una scelta collaborativa rilevante ex art 58 ter o.p., la Corte di Cassazione considera, invece, la questione costituzionalmente rilevante.



Nell'argomentazione della Corte a sostegno della remissione tre sono i filoni tematiche che possono esser individuati ed evidenziati.

Il primo filone preso in considerazione è relativo all'accertamento della pericolosità sociale, o per meglio dire, ai requisiti necessari per accertarne l'assenza. Il richiamo va a due pronunce della Corte Costituzionale, e segnatamente la sent. 57/2013 e la sent. 48/2015, entrambe in materia cautelare, con le quali si arriva ad affermare l'illegittimità parziale dell'art 275 co 3 c.p.p. secondo periodo in quanto, non diversificando le modalità, nonché i requisiti dell'ac-

certamento in ragione del ruolo rivestito dal soggetto all'interno dell'associazione criminosa la norma va di fatto a delineare una presunzione assoluta di pericolosità sociale, come tale incompatibile con il dettato costituzionale. Tale argomentazione si può trasporre, senza modificazioni, anche all'art 4 bis il quale, infatti, precludendo in senso assoluto a tutte le persone condannate per delitti ostativi l'accesso ai permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, senza distinguere cioè tra gli effettivi affiliati di un'organizzazione mafiosa e gli autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dalla stessa norma, si pone in contraddizione con i principi affermati dalla Corte Costituzionale nelle sentenze menzionate dando vita di fatto ad una presunzione assoluta di pericolosità.

Segue poi l'inopinabile considerazione secondo cui, sebbene sia indubbio, nonché ampiamente confermato dalla giurisprudenza di legittimità, il ruolo che la collaborazione ha come prova del distacco dal sodalizio in cui il condannato gravitava, ritenere che, durante la fase di esecuzione della pena, solo attraverso le condotte collaborative di cui all'art. 58 ter o.p., si possa dimostrare la rottura di tale vincolo criminoso è affermazione che non può assumere valore incontrovertibile e assurgere a canone valutabile in termini di presunzione assoluta, a prescindere dalle emergenze concrete. A ciò si affianca un'innovativa lettura dell'assenza di collaborazione vista non come volontà di rimanere ancorati al contesto criminoso di appartenenza ma come

volontà di proteggere sé stessi o i propri familiari o come difficoltà morale di dover accusare un proprio congiunto.

Centrale nella decisione della Corte è però la riflessione sulla particolare natura dell'istituto del permesso premio che possiede una connotazione di contingenza che non ne consente l'assimilazione integrale alle misure alternative alla detenzione, perché non modifica le condizioni restrittive del condannato.

Ne consegue allora che, se rispetto a queste ultime le ragioni di politica criminale sottese alla preclusione assoluta di cui all'art. 4 bis, comma 1 o.p. possono apparire rispondenti alle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata lo stesso non si può dire per la preclusione connessa all'accesso al permesso premio.

Per queste ragioni la Corte di Cassazione ha scelto la via della remissione alla Corte costituzionale. L'auspicio è allora che la Consulta colga l'occasione con tale ordinanza concessagli per rivedere le sue pregresse posizioni in cui, se pur circoscrivendone la portata, ha sempre salvato la legittimità complessiva della norma, smorzando, stavolta in maniera efficace e decisiva — se pur solo parzialmente — il rigore di una normativa che in troppi punti stride con i principi cardine dell'ordinamento.

Rebecca Giorli

Il prossimo 26 maggio i cittadini italiani saranno chiamati ad eleggere i propri rappresentanti al Parlamento Europeo



Tra gli oltre 51 milioni di aventi diritto al voto vi sono anche migliaia di detenuti. Infatti l'Art. 48 della Costituzione della Repubblica Italiana, che attribuisce il diritto di voto a tutti i cittadini maggiorenni, inclusi quelli residenti all'estero, specifica al terzo comma che tale diritto *“non può essere limitato se non (...) per effetto di sentenza penale irrevocabile”*.

La sentenza penale irrevocabile è quella c.d. *“passata in giudicato”*, cioè non più modificabile perché già esperiti tutti i possibili mezzi di impugnazione (fatta salva la revisione) o perché, pur essendo virtualmente ancora impugnabile, è già inutilmente decorso il termine per proporre l'impugnazione o per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile (ex art. 648 c.p.p.).

Ne consegue che, innanzitutto, non sussistono limitazioni per tutti i cittadini italiani maggiorenni che siano sì detenuti, ma non siano stati condannati da una sentenza penale irrevocabile: è il caso di

chi si trovi in custodia cautelare in attesa di primo giudizio, o di chi, condannato, abbia fatto appello/ricorso e sia quindi in attesa di ulteriore grado di giudizio.

Secondo le Statistiche (aggiornate al 31 Marzo 2019) pubblicate dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria si tratterebbe di oltre 12.000 persone.

Anche per quanto riguarda i cittadini italiani maggiorenni condannati in via definitiva comunque la privazione del diritto di voto è prevista solo a determinate condizioni.

Nell'ordinamento italiano la privazione del diritto di voto è uno degli effetti dell'interdizione dai pubblici uffici, pena accessoria disciplinata dagli artt. 28 e 29 del codice penale. Secondo l'art. 28 l'interdizione perpetua dai pubblici uffici priva il condannato del diritto di elettorato o di eleggibilità in qualsiasi comizio elettorale, e di ogni altro diritto politico, mentre l'interdizione temporanea priva il condannato dell'esercizio dello stesso di-



(continua da pagina 3)

ritto per un periodo di tempo non superiore a 5 anni.

L'art. 29 prevede che l'interdizione perpetua consegua alla condanna all'ergastolo ed alla condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni, mentre quella temporanea, per una durata di anni 5, alla condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a 3 anni.

Vi sono poi varie disposizioni che, al di fuori dal parametro generale definito dall'art. 29 c.p., prevedono l'interdizione dai pubblici uffici come sanzione accessoria specifica per determinate fattispecie di reato: è in particolare il caso dei delitti commessi con abuso di un pubblico ufficio (ex art. 31 c.p.), e di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione (per es. peculato, concussione, corruzione, ex art. 317 bis) e contro l'amministrazione della giustizia (ex artt. 383 e 386 c.p.).

Comunque anche nel caso dell'interdizione perpetua è possibile riacquistare l'esercizio dei diritti interdetti, incluso quello al voto, attraverso l'istituto della riabilitazione.

Tale istituto, disciplinato dagli artt. 178 e 179 c.p. e 683 c.p.p. consente, dopo che siano trascorsi 3 anni (8 per i recidivi, 10 per i delinquenti abituali, professionali

o per tendenza) dall'ultimo giorno di esecuzione della pena principale o dal giorno della sua estinzione, di ottenere l'estinzione della pena accessoria e di ogni altro effetto penale della condanna presentando richiesta al Tribunale di sorveglianza. Unico requisito richiesto è la "*prova effettiva e costante di buona condotta*".

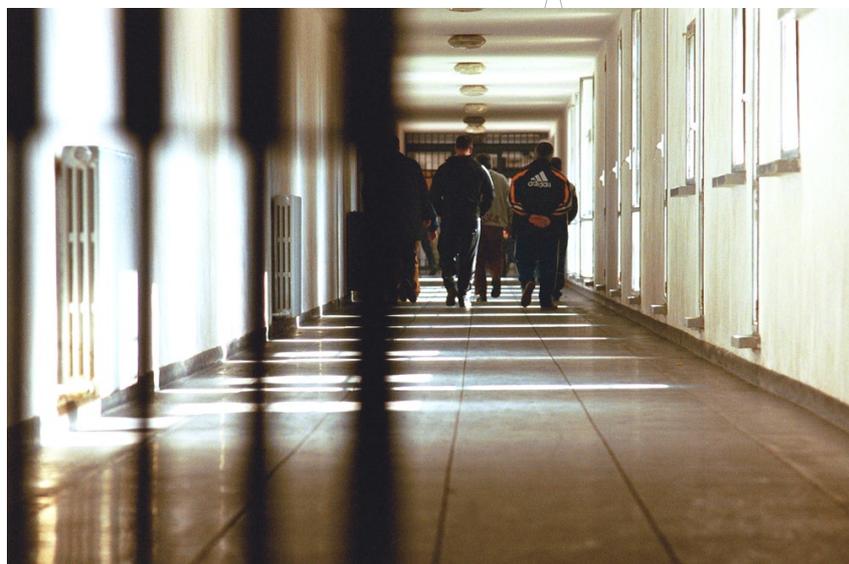
Questo articolato complesso normativo in un primo momento è stato giudicato dalla Seconda Sezione della Corte di Strasburgo (sentenza del 18 gennaio 2011 sul caso Scoppola c. Italia n. 3, ricorso n. 125/05) contrastante con l'art. 3 del Protocollo Addizionale alla Carta Europea dei Diritti Umani, che enuncia il diritto a libere elezioni.

Però, già l'anno successivo, la Grande Camera (sentenza del 22 maggio 2012) ha ribaltato il giudizio ritenendo la disciplina italiana compatibile con i diritti umani. La Corte ha ritenuto infatti che tale sistema normativo, diversamente da quello britannico (dell'epoca) o russo (dove è addirittura la costituzione a prevedere che i detenuti siano privati del diritto di voto), non comporti una generale, automatica ed indiscriminata privazione del diritto di voto, definendo per legge le circostanze specifiche in cui i detenuti

possono essere privati di tale diritto, tenendo conto della gravità e specificità dei reati commessi. Inoltre, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come nel sistema italiano un grande numero di detenuti mantenga il diritto di voto e come anche a quelli che ne siano stati interdetti sia consentito di riacquistare tale diritto attraverso l'istituto della riabilitazione. Nonostante ciò è evidente che siano pochi i detenuti che riescono effettivamente ad esercitare il diritto di voto. Alle europee del 2014 votarono solo 1.236 detenuti (appena il 4% dei circa 30.000 aventi diritto stimati) e, anche in occasione delle elezioni politiche normalmente non riesce a votare più di un detenuto avente diritto su dieci (alle elezioni politiche del 2013 parteciparono 3.426 detenuti). Può anche darsi che parte dei detenuti sia poco interessata a partecipare al voto, ma oggettivamente i detenuti che vogliono votare incontrano difficoltà burocratiche non indifferenti e spesso sono scarsamente informati su procedure e relative tempistiche.

Gli artt. 8 e 9 della legge 136/76, prevedono in effetti la costituzione di un seggio elettorale speciale per consentire il voto ai detenuti aventi diritto, ma il procedimento è molto complicato. Per poter votare, il detenuto deve fare una richiesta, entro tre giorni dalle elezioni e tramite l'Ufficio Matricola, al sindaco del Comune nelle cui liste elettorali è iscritto. Tale dichiarazione deve essere corredata dell'attestazione del direttore del carcere che provvede anche all'invio.

Il sindaco, che riceve la richiesta, deve includere i nomi dei richiedenti in appositi elenchi consegnati al presidente di ciascuna sezione, e quindi attestare l'avvenuta inclusione in tali elenchi, anche



1

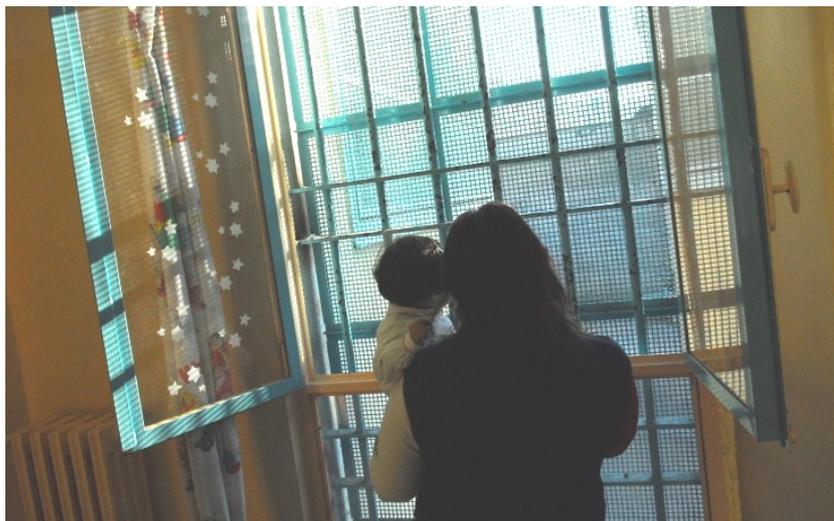
per telegramma. Ovviamente, per votare occorre avere la tessera elettorale e in mancanza della stessa occorre farne richiesta al comune di appartenenza. Tutti passaggi che, per chi si trova tra le mura di un penitenziario, risultano lenti e difficoltosi.

Talaltro, di solito detenuti ed operatori si attivano solo quando il tema diventa di attualità, quindi generalmente troppo tardi perché siano portati a compimento tutti i passaggi. A prescindere da quanti siano i detenuti che vogliono partecipare al voto e ne facciano richiesta, alla fine in pochi arrivano in fondo al procedimento.

Ancora più complesso risulta il voto per i detenuti cittadini comunitari (che al 31 marzo 2019 erano 3.300 circa) aventi diritto, che devono prima passare per la procedura prevista per il voto dei cittadini comunitari in Italia. Aldilà del riconoscimento del diritto di voto, per garantirne concretamente l'esercizio, probabilmente sarebbe necessario intervenire su queste procedure e sui relativi tempi burocratici, che costituiscono, ad oggi, un serio ostacolo all'effettività di tale diritto.

Fernando Petrolito

La disciplina cautelare a tutela del rapporto genitoriale: dalla legge n. 62 del 2011 ad oggi



Alla L. 21 aprile 2011, n. 62 è riconosciuto il merito di aver previsto dei rimedi a disposizione del giudice finalizzati al superamento del fenomeno della «carcerazione degli infanti» già durante la fase cautelare. Infatti nei confronti dei genitori di prole inferiore a sei anni sono state previste diverse forme di attuazione delle misure cautelari già esistenti, *id est* «la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri» e gli arresti domiciliari presso «una casa famiglia protetta». Tuttavia, i risultati, ottenuti a seguito dell'applicazione della suddetta legge, non si possono considerare altrettanto apprezzabili.

Di fatto, sono apparsi insufficienti sia gli investimenti provenienti dagli Enti Locali per la realizzazione delle case famiglie protette sia le risorse destinate dallo Stato agli istituti a custodia attenuata per le detenute madri. Innanzitutto le difficoltà di natura economica che ostacolano la costruzione degli ICAM possono essere riscontrate nella organizzazione stessa della struttura che dovrà essere caratterizzata sia da ambienti familiari ai bambini, sia da un sistema di sicurezza idoneo a soddi-

sfare le esigenze cautelari eccezionali comunque presenti. Inoltre, i lavori di costruzione o restaurazione risultano poco convenienti anche in ragione del numero di persone che soggiornano nelle strutture.

Simili problematiche erano già state sollevate durante i lavori parlamentari della legge *de qua* a fronte dell'analisi della portata del fenomeno delle detenute madri in istituti di pena con figli infra-teeni; infatti si contava un numero non eccessivo di detenute, seppure in aumento alla luce della nuova normativa che avrebbe comportato da lì a poco l'innalzamento del parametro dell'età a sei anni. Tali considerazioni avevano spinto alcuni a dubitare della convenienza economica della costruzione degli ICAM, in sostituzione dei quali risultava meno costoso implementare una forma di controllo sulla falsariga del c.d. braccialetto elettronico. Quest'ultima soluzione, oltretutto, avrebbe permesso al bambino di vivere un'infanzia comune ai propri coetanei, non dovendo subire un distacco dall'ambiente familiare di origine.

Ad oggi, persistono le suddette carenze strutturali che si riversano

CO



(continua da pagina 5)



sui fanciulli, i quali fino a sei anni saranno costretti a vivere presso le Sezioni Nido degli istituti penitenziari, in ragione delle esigenze cautelari eccezionali nei confronti delle madri.

Recentemente, il legislatore ha nuovamente posto l'attenzione sulla questione della carcerazione degli infanti. In un primo momento, la legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) sembrava annunciare una nuova risoluzione normativa ai fini della tutela del rapporto madre-figli. Infatti, la suddetta legge delega dedicava un intero capitolo all'affettività ed, in particolare, all'art. 85 lett. s) sollecitava, in materia cautelare, un intervento riformatore – seppure entro il limite d'età di un anno – affinché donne con bambini così piccoli non rimanessero in custodia in carcere, anche alla luce della disciplina di favore riservata alle madri condannate con figli di età inferiore ad un anno, beneficiarie del differimento obbligatorio della pena. Altresì, si lasciava aperta la possibilità di una verifica circa l'opportunità di uniformare la disciplina cautelare a quella esecutiva, mediante l'aumento del limite d'età previsto dall'art. 275 com-

ma 4 del codice di procedura penale.

La speranza di una nuova riforma è svanita sin dal primo schema di decreto legislativo – datato 22 dicembre 2017 – che, non richiamando l'art. 85 lett. s) della legge delega, rinunciava ad apportare qualsiasi modifica alla disciplina cautelare in riferimento al rapporto genitoriale. In tal modo è venuta meno, almeno per ora, la possibilità di riprendere il cammino volto a concretizzare, in modo più efficace, le disposizioni della legge n. 62 del 2011; di conseguenza, resta ancora lontano il raggiungimento dell'obiettivo della

«de-carcerazione degli infanti». In attesa di un simile intervento può esser visto con favore l'emendamento che, in sede di conversione del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, ha previsto modifiche alla legge n. 354 del 1975 ed al codice di procedura penale, introducendo specifiche azioni volte al monitoraggio ed all'attuazione della legge del 2011.

Precisamente viene creato un canale informativo tra gli istituti penitenziari dotati di Sezioni Nido ovvero gli istituti a custodia attenuata per detenute madri e il Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minori del luogo, il quale, in aggiunta, effettua o dispone l'ispezione presso tali strutture. Inoltre, per evitare che si verificino nuovamente tragiche vicende simili a quella avvenuta presso il carcere di Rebibbia a settembre, è stato stabilito che gli operatori in contatto con i minori debbano riferire al direttore dell'istituto eventuali condotte del genitore ritenute pregiudizievoli per il benessere del bambino. Ed ancora, l'intervento normativo prevede una serie di obblighi di comunicazione al momento dell'ingresso della madre nel circuito penitenziario in favore del procuratore della Repubblica presso il



1

tribunale per i minorenni, così da attivare in modo tempestivo gli strumenti di tutela a salvaguardia del benessere dei minori, ove necessario.

Precisamente sono previsti altri due oneri informativi: quello richiesto alla polizia giudiziaria che, in caso di arresto o fermo di madre con prole minore di sei anni, dovrà dar notizia al pubblico ministero territorialmente competente e al procuratore della repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo dell'arresto o fermo; ed alla comunicazione della copia dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere nei confronti di madre di prole di minore età al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minori del luogo di esecuzione della misura.

Queste previsioni permettono sicuramente di controllare costantemente la situazione che riguarda i bambini dei genitori ristretti, senza però, per ora, offrire un rimedio effettivo volto ad evitare la carcerazione degli stessi.

Maria Carmela Costabile

La legittima difesa domiciliare alla luce della nuova disciplina



Lo scorso 28 marzo il Senato ha approvato il disegno di legge dal titolo: “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”. A tredici anni dall'introduzione della legittima difesa domiciliare, di cui all'art. 52 co. 2 e 3 del codice penale, il legislatore è intervenuto nuovamente sull'istituto mantenendo comunque lo stesso orientamento teleologico che connotò la riforma approvata sotto il governo Berlusconi: rendere il più possibile immune da responsabilità colui che si difende all'interno del domicilio.

La riforma si propone come una risposta dura e repressiva nei confronti degli aggressori nel domicilio agendo su più fronti che compongono la materia. La modifica dell'art. 52 del codice penale difatti non rimane isolata, ma la nuova legge interviene anche sulla disciplina dell'eccesso colposo ex art. 55, sul trattamento sanzionatorio per i reati di violazione di domicilio, furto in abitazione e rapina e infine esclude, all'art. 2044 co.2, la responsabilità civile per i soggetti che agiscono in conformità all'art. 52 co.2,3 e 4.

Esaminando le modifiche all'art. 52 occorre fin da subito precisare che gli interventi riguardano esclusivamente la legittima difesa in ambito domiciliare. Rimane,

dunque, inalterato l'istituto generale e i relativi requisiti di cui al primo comma. Al comma 2 invece viene inserito l'avverbio “sempre” dopo la parola “sussiste”; in tal modo si cerca di eliminare lo spazio di valutazione discrezionale del giudice relativo alla sussistenza del rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa. Pertanto, si vuole rimarcare e rafforzare le finalità già perseguite con la riforma del 2006 che vennero prontamente superate dalla giurisprudenza della Cassazione. Inoltre, la Corte Suprema ha ritenuto necessario fornire una interpretazione costituzionalmente orientata evitando che nell'ordinamento giuridico potesse entrare la traduzione normativa della volgare massima pronunciata recentemente anche da alcuni esponenti di governo: “chi entra in casa mia in verticale corre il rischio di uscirmi in orizzontale”.

Continuando nell'analisi dell'art.52 vediamo come il disegno di legge inserisca anche un quarto comma, il quale recita: “Nei casi di cui al secondo e terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone”. Il legislatore in questo caso si spinge addirittura



(continua da pagina 7)

tura oltre la presunzione di proporzionalità. Sembra delinearsi infatti una presunzione assoluta di legittima difesa, che esclude tutti i requisiti, primo tra i quali la necessità, capaci di aiutare l'organo giudicante a distinguere tra la qualificazione di vittima o di aggressore nella persona che ha subito l'intrusione.

A completare la roccaforte che si tenta di costruire intorno ai soggetti delineati al secondo, terzo e quarto comma dell'art.52 vengono modificate due ulteriori norme che presentano – una in ambito civile e l'altra in ambito penale – un chiaro nesso di interdipendenza con la difesa del domicilio. La prima riguarda l'eccesso colposo, di cui all'art.55 del codice penale. Qui viene inserito un secondo comma che recita: "Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto". L'interpretazione sistematica e il richiamo esplicito ai commi 2,3 e 4 art. 52, evidenziano nuovamente l'intenzione di escludere la responsabilità penale anche qualora non si configurassero le ipotesi di causa di giustificazione. Inoltre, risulta particolare la scelta del legislatore di estendere la previsione di esclusione della punibilità anche alle ipotesi di presunzione assoluta di legittima difesa, quindi per definizione senza limiti, come se si volesse contrastare preventivamente le ipotesi di una nuova interpretazione conforme a costituzione.

Infine, come anticipato, il legislatore interviene anche in ambito civile. All' art 2044 c.c. viene in-

serito un secondo comma che assume i chiari connotati di manifesto politico piuttosto che di una previsione normativa. A fronte del principio dell'efficacia universale delle cause di giustificazione posto al primo comma sembra ridondante e superfluo il dettato introdotto a fine marzo, ai sensi del quale: "nei casi di cui all'articolo 52, commi secondo, terzo e quarto del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa".

Delineata in maniera sintetica la disciplina del disegno di legge approvato, è opportuno specificare che i risvolti applicativi in sede di giudizio sono tutt'altro che di facile previsione. È possibile, quanto augurabile, che la Corte di Cassazione fornisca una nuova interpretazione costituzionalmente orientata volta ad escludere pericolose presunzioni. Laddove la corte non riuscisse a salvare la disciplina – considerando l'impostazione seguita dal 2006 ad oggi – pare inevitabile una dichiarazione di illegittimità costituzionale nella parte in cui non si permette al giudice di operare una valutazione degli interessi in gioco. In caso contrario infatti si potrebbe configurare l'assurda previsione per cui il bene vita" possa essere sacrificato di fronte ad un bene patrimoniale.

Enrico Vincenzini



Riservatezza e indagini penali: la questione del c.d. captatore informatico

Alla luce dei cambiamenti apportati ai valori e ai principi di riservatezza e diritti fondamentali dalle evoluzioni della società dell'informazione, è opportuno un approfondimento sulle tecniche più avanzate di intrusione nella sfera personale che possono essere messe in atto dall'Autorità Giudiziaria nel corso delle indagini penali; in particolar modo, vista l'ubiquità dei dispositivi *smartphone* e la pervasività delle espressioni di personalità individuale attraverso dispositivi informatici su internet, si rivela d'interesse una breve esposizione in merito alla disciplina vigente della tecnica del c.d. captatore informatico.

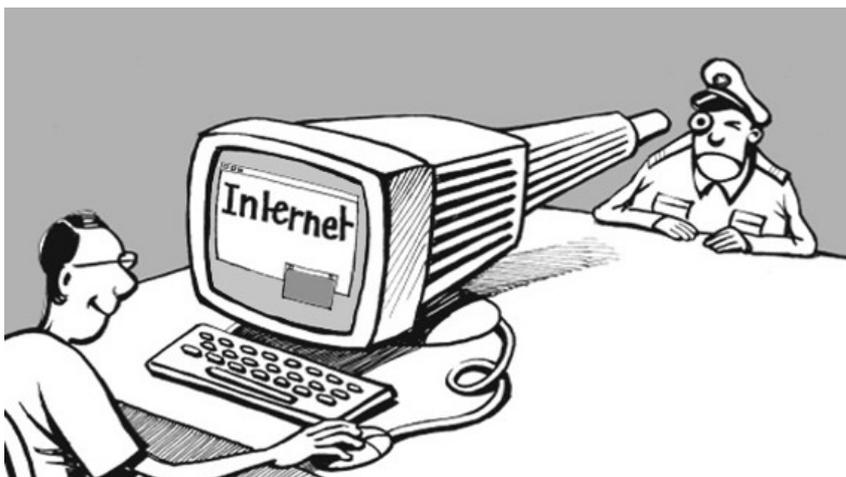
Per "captatore informatico", detto anche "agente intrusore", si intende quella tecnica investigativa, nata e cresciuta di pari passo con lo sviluppo e la diffusione di sistemi informatici personali (*Personal Computers, smartphones, tablets*), che consente al soggetto inquirente di penetrare segretamente nel dispositivo informatico della persona controllata al fine di trarne informazioni utili all'indagine e di controllare in remoto alcune funzioni del dispositivo stesso. Questa tecnica è anche detta, comunemente, *trojan horse*. Nell'ambito delle scienze informatiche, un virus *trojan*, o *trojan horse*, o semplicemente cavallo di Troia, è un programma dannoso (c.d. *malware*) che nasconde all'utente la sua vera finalità dietro la facciata di un programma innocuo o utile. Il termine deriva dalla storia mitologica dell'Iliade, dove l'ingannevole cavallo di legno viene utilizzato dagli achei per portare alla caduta della città di Troia. Questi



programmi possono nascondere codice di tutti i tipi, ma spesso fungono da c.d. *backdoor*, ossia consentono il controllo in remoto del dispositivo affetto dal virus.

In ambito investigativo, questa attività consente, in particolare, di installare dei programmi nei dispositivi informatici della persona sottoposta a controllo, che siano in grado di consentire all'ufficiale di polizia giudiziaria, tra le sue possibili utilizzazioni, di: decifrare e registrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera (c.d. *keylogging*); visualizzare in remoto quello che appare sullo schermo (acquisizione di c.d. *screenshots*); monitorare la navigazione in internet; ispezionare e copiare i files contenuti nel disco rigido; accedere alle applicazioni di posta elettronica e di *instant messaging*; intercettare i messaggi in entrata e in uscita; intercettare le conversazioni telefoniche e telematiche (ad esempio, attraverso programmi di comunicazione VoIP) effettuate con il dispositivo; attivare il microfono del dispositivo ed effettuare intercettazioni ambientali nel raggio di captazione del microfono stesso; attivare la videocamera dell'apparecchio, sia essa una *web cam* o la videocamera dello *smartphone* o del *tablet*, e riprendere quanto viene inquadrato.

L'uso di strumenti di *hacking* (ossia, di intrusione informatica occulta) da parte delle Forze dell'Ordine è stato oggetto di attenzione della scienza giuridica e della giurisprudenza soprattutto negli ultimi dieci anni, e sono stati enucleati gli aspetti critici dello strumento di indagine in questione – evidenti soprattutto se confrontati con gli strumenti pensati per l'era analogica e più facilmente controllabili, sia per la lunga tradizione giurisprudenziale che



per la minor capacità di acquisizione di informazioni.

Con riguardo alle straordinarie capacità investigative dello strumento, è stata operata da alcuni una divisione concettuale delle modalità di utilizzo del captatore informatico, il quale può essere utilizzato fondamentalmente per due tipi di attività: la *on-line surveillance* e la *on-line search*.

Per *on-line search* (perquisizione on-line) si deve intendere quell'utilizzo del programma-spia (in informatica, *spyware*) che consente di far copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico. Per esempio, i dati e le informazioni conservate sul disco rigido del dispositivo possono essere trasmessi in tempo reale o a intervalli prestabiliti agli inquirenti in maniera occulta tramite la rete Internet.

La *on-line surveillance* (sorveglianza on-line) invece è quella attività, eseguita tramite l'utilizzo di virus *trojan*, di intercettazione e sorveglianza che consente di captare il flusso di dati intercorrente tra le componenti periferiche (schermo, tastiera, microfono, fotocamera, mouse) e il microprocessore del dispositivo.

La stragrande maggioranza di queste attività risultano al giorno d'oggi completamente prive di di-

sciplina positiva. Entrambi i tipi di attività sono stati, in tempi recenti, sottoposti all'attenzione della giurisprudenza di legittimità e, inoltre, parzialmente disciplinate dalla riforma della giustizia penale del 2017.

Da ultimo, infatti, solamente alcune attività di *on-line surveillance* sono state compiutamente disciplinate dagli artt. 266 e ss. c.p.p. come modificati dall'art. 4 del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, di attuazione della delega di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando). Al momento però il Governo ha espresso la volontà di non proseguire l'opera di riforma, lasciando quanto iniziato nel 2017 con il detto decreto legislativo in un sostanziale limbo, rimandando la sua effettività dapprima a marzo 2019, pochi giorni prima della sua entrata in vigore, e da ultimo ad agosto 2019. La parziale disciplina introdotta dal legislatore si inserisce comunque in un contesto dove la tecnica veniva utilizzata da tempo senza regolamentazione normativa.

Le tecniche di intrusione informatica da parte delle Forze dell'Ordine, in quanto mezzi di ricerca della prova, presentano senza dubbio peculiarità uniche nella gamma di mezzi a disposizione degli inquirenti, come evidenziato



anche in giurisprudenza dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza “Scurato” del 2016. Innanzitutto, a differenza delle altre tecniche investigative, questi *software* sono assolutamente incorporati, e possono essere installati e attivati sul dispositivo da intercettare in modo occulto, a distanza, senza necessità che ci sia un contatto fisico con il dispositivo *target*. Per esempio, i virus *trojan* vengono comunemente diffusi tramite email, tramite l’aggiornamento di app, tramite SMS. La riuscita del monitoraggio richiede, in questi casi, l’ignara collaborazione dell’utente, che deve installare sul proprio dispositivo il file “dannoso” mascherato.

Risulta peculiare anche il fatto che il captatore informatico si atteggi alla sorta di un “coltellino svizzero”: a seconda del software concretamente impiegato, è possibile, tramite una singola operazione di *hacking*, mettere in atto una amplissima gamma di attività di sorveglianza e apprensione di dati, tanto da rendere concretamente non sempre agevole distinguere quale specifico mezzo tecnologico sia stato impiegato nell’indagine e procedere alla relativa qualificazione giuridica.

Inoltre e in particolare, l’utilizzo del dispositivo infettato dal virus *trojan* come mezzo “itinerante” di intercettazione di conversazioni tra presenti consente, al contrario delle “ordinarie” microspie nascoste, di portare il controllo della comunicazione al di là del “luogo da sorvegliare” e di concentrarsi sulla “persona da intercettare”. Ciò è dovuto alla abitudine, ormai diffusissima, di portare sempre con sé certi tipi di apparecchi informatici – il riferimento è soprattutto agli *smartphone*, ma anche allo sviluppo delle tecnologie c.d. *wearable*, come ad esempio gli orologi *smartwatch*, sempre più diffusi, consentendo la rilevazione di dati personalissimi come il battito cardiaco.

L’utilizzo del virus *trojan* presenta, infine, anche una importante problematica di tipo tecnico-operativo: il captatore informatico è gestito, nella quasi totalità dei casi, su delega del pubblico ministero da tecnici nominati ausiliari di polizia giudiziaria, nominati *ex art. 348, comma 4, c.p.p.* Spesso però l’attività dei tecnici sfugge al controllo dell’autorità giudiziaria e della stessa polizia. Il pubblico ministero può limitarsi, per l’utilizzo del captatore in caso di ur-

genza, all’emissione di un “decreto di intercettazione” *ex art. 267, comma 3*, che sarebbe privo in concreto di indicazioni sulle modalità esecutive per non incorrere nella sanzione dell’inutilizzabilità, prevista specificamente per le intercettazioni eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge dall’art. 271, comma 1. Al contrario delle intercettazioni tradizionali che sono eseguite con la collaborazione del gestore telefonico, non è affatto necessaria la partecipazione all’attività inquirente di un terzo, con la conseguenza che l’attività di sorveglianza remota può restare affidata totalmente nelle mani del tecnico ausiliario.

La giurisprudenza di legittimità, dopo alcuni tentennamenti, aveva circoscritto l’utilizzabilità del captatore informatico solo all’interno di quei procedimenti ove era possibili effettuare intercettazioni ambientali all’interno del domicilio. In particolare la sentenza Scurato del 2016 ha concluso nel senso che l’intercettazione per mezzo del captatore informatico possa essere legittimamente impiegata, dovendosi per motivi tecnici prescindere dall’indicazione dei luoghi dove deve essere eseguita, essendo il dispositivo infettato un



oggetto “itinerante”, solamente nei procedimenti riguardanti “reati di natura associativa”, secondo la normativa derogatrice di quella del codice, di cui all’art. 13, d.l. n. 152 del 1991 (convertito dalla l. n. 203 del 1991).

La Riforma Orlando, intervenuta esclusivamente sulle delle capacità di intercettazione di conversazioni dello strumento captativo in esame, prevedendo alcune salvaguardie per la *privacy* degli inquisiti e cercando di evitare una intercettazione *ubicumque*, circoscrive la loro legittimità (e quindi la loro utilizzabilità processuale) alla predeterminazione della sua attivazione in determinati momenti. La novella del 2017 aveva dunque riconosciuto una peculiarità dello strumento in questione, consentendo una separazione tra il momento di “infezione” del dispositivo tramite il virus e il momento effettivo di attività captativa, che avviene solo con l’accensione del microfono.

Un approccio sostanzialmente differente alle problematiche riguardanti la sorveglianza e la perquisizione on-line, invece, è stato suggerito dalla giurisprudenza d’oltralpe. Il *Bundesverfassungsgericht*, ossia la Corte costituzionale della Germania, è intervenuta più volte sulla questione dell’interferenza delle attività di captazione occulta da parte delle forze dell’ordine con i diritti previsti dalla Costituzione federale e dalla Convenzione Europea. Il supremo consesso tedesco ha avuto, anche di recente, specifico riferimento all’utilizzo del *trojan horse*.

È di rilievo in proposito una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia di “mezzi di sorveglianza speciale” al di fuori del domicilio e le previsioni riferite al controllo visivo e acustico delle abitazioni e di sorve-

glianza on-line, del 20 aprile 2016.

La decisione del giudice federale evidenzia chiaramente come la predisposizione di una disciplina legislativa espressa, non sia sufficiente a mettere al riparo da possibili censure di legittimità degli strumenti di sorveglianza: le previsioni legali, infatti, devono assicurare una regolamentazione del controllo che si dimostri in concreto proporzionata rispetto ai fini perseguiti attraverso la sua attivazione. Ciò risulta di interesse anche per l’interprete italiano, in quanto questa esegesi appare coerente con quanto disposto dall’art. 8, comma 2° C.E.D.U. che, come condizione per la legittimità delle ingerenze dell’autorità pubblica nella vita privata dei singoli impone, oltre all’espressa base legale, anche una verifica dell’effettiva necessità di tali interferenze all’interno di una “società democratica” per il perseguimento di un fine legittimo. Quest’ultimo connotato è stato identificato dalla giurisprudenza europea con l’attributo della proporzionalità delle misure nazionali limitative dei diritti sanciti dall’art. 8, comma 1°, C.E.D.U. in rapporto alle finalità da esse perseguite.

La Corte costituzionale federale sottolinea che modalità tecnica con cui viene messa in atto la sorveglianza non è indifferente, ma determina un sacrificio più o meno profondo dei diritti fondamentali. Questo impone al legislatore una modulazione delle garanzie che tenga conto delle caratteristiche e delle potenzialità del mezzo concretamente impiegato. In questo ambito, la disciplina italiana del captatore informatico derivante dalla riforma del 2017 risulta soddisfacente, pur con le criticità esposte con riguardo alla assenza di disciplina di molte delle sue funzionalità.

Sono però di pressante rilievo le riflessioni della Corte tedesca sul nucleo intangibile della vita privata dell’individuo. Le misure poste in essere, infatti, devono rispettare il nucleo intangibile del diritto fondamentale alla dignità, in cui anche supremi interessi pubblici non possono giustificare un’interferenza con quest’area assolutamente protetta della vita privata. Si fa riferimento a conversazioni con coniugi o partner, parenti prossimi, specie se vivono nello stesso domicilio, e può includere anche conversazioni con avvocati, medici, sacerdoti e amici intimi: queste conversazioni non perdono la loro qualità di essere “altamente personali” solo perché sono espresse in commissione con conversazioni su “faccende quotidiane”.

Ovviamente, comunicazioni che riguardano la commissione di reati non sono protette da questo nucleo intangibile, neanche se riguarda questioni altamente personali, perché si tratta di conversazioni di grande rilevanza sociale. D’altro canto però si devono considerare tutelate quelle conversazioni altamente personali, contenenti ad esempio riflessioni o espressioni emozioni, che possono suggerire motivazioni o moventi per l’attività criminale. È necessario quindi, seguendo l’attenta esegesi proposta dai giudici tedeschi, che le disposizioni che consentono la raccolta e l’analisi di dati personali prevedano misure per assicurare il rispetto di questo spazio assolutamente riservato, caratterizzante la vita privata e l’espressione della personalità umana, che deve restare precluso all’ingerenza pubblica.

Matteo Pirisi

Articolo 17



"L'altro diritto" è un Centro di Documentazione nato presso il Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università di Firenze nel 1996; svolge attività di ricerca sui temi dell'emarginazione sociale, della devianza, delle istituzioni penali e del carcere. Il Centro, diretto dal Prof. Emilio Santoro (docente di Filosofia del diritto presso l'Università di Firenze) si avvale della collaborazione di numerosi esperti in ambito penitenziario e penale, tra cui anche alcuni docenti e ricercatori della Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo pisano. Dopo una fase iniziale in cui il Centro ha svolto le proprie attività intorno a Firenze, il gruppo di volontari si è allargato, grazie soprattutto alla collaborazione di giovani provenienti dall'ambito universitario, fino a diventare operativo anche nelle carceri di Pisa, Livorno, Lucca e Massa. A questo scopo è stata stipulata con il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria (PRAP) una Convenzione per la consulenza sulle problematiche dei detenuti, in particolare di quelli stranieri. In base agli accordi presi con il PRAP, i volontari - studenti, laureati, praticanti avvocati o giovani avvocati - svolgono una duplice attività: da un lato, la consulenza agli operatori delle diverse carceri, specie sulla gestione dei migranti detenuti, dall'altro la consulenza diretta ai detenuti stessi per informarli dei loro diritti ed aiutarli ad accedervi, anche scrivendo per loro domande, istanze o reclami rivolti alla Magistratura, alla Direzione dell'Istituto Penitenziario o ad altre istituzioni, in tutte le circostanze in cui non è necessaria la mediazione di un avvocato. Gli operatori del Centro possono anche adoperarsi per far avere ai detenuti tutti i documenti che rientrano nel loro diritto, per consentire loro di accedere a tutte le prestazioni sociali da cui non sono per legge esclusi. I volontari rivolgono inoltre una particolare attenzione ai casi riguardanti i detenuti stranieri e tutte le procedure volte al rinnovo del permesso di soggiorno, al ricongiungimento familiare, all'acquisto della cittadinanza italiana. Infine a partire dal mese di maggio 2008 "L'altro diritto" che opera su Pisa, Livorno e Lucca, - oltre a promuovere una serie di conferenze - pubblica con cadenza quadrimestrale *Articolo 17*, con l'intenzione di far conoscere agli studenti della Facoltà di Giurisprudenza l'attività svolta dai volontari in carcere e le problematiche connesse alla vita penitenziaria, oltre al costante monitoraggio dell'evoluzione della giurisprudenza e della legislazione in materia.

ARTICOLO 17 periodico quadrimestrale di impegno civile

PUBBLICATO CON IL CONTRIBUTO
FINANZIARIO DELL'UNIVERSITÀ DI
PISA

Responsabile Articolo 17: Maria Carmela Costabile

Coordinatore lavori: Maria Carmela Costabile

Redazione: Filippo Venturi; Maria Giovanna Brancati; Maria Carmela Costabile; Mariagrazia Ferraro; Dumitru Teaciu; Matteo Pirisi.

Editing: Fernando Petrolito, Matteo Pirisi

Editore: L'Altro diritto, Centro di documentazione su carcere, marginalità e devianza

Reg. Trib. Firenze n° 5345/bis del
18/05/2004

Stampato: Copisteria il Campano - Pisa

www.altrodiritto.unifi.it/art17

L'Altro Diritto su
report

Le buone notizie fanno scalpore!

Anche Milena Gabanelli e Giuliano Marrucci si sono interessati a L'Altro Diritto. Per vedere la puntata vai su www.report.it, e clicca, fra le *goodnews*, "lezioni di diritto", oppure visita l'indirizzo www.altrodiritto.unifi.it

Art. 17, L. 26 luglio 1975, n. 354

(Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà)

La finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'associazione rieducativa.

Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera.

Le persone indicate nel comma precedente operano sotto il controllo del direttore.



Cerca: L'Altro Diritto Pisa



L'Altro Diritto Pisa

Pagina · Mi piace: 955 · Community

✓ Ti piace ▼

Associazione studentesca volta alla sensibilizzazione circa tematiche riguardanti il diritto penale sostanziale e procedurale e ...