Informatica e diritto, XLI annata, Vol. XXIV, 2015, n. 1-2, pp. 315-331

Problematiche operative e transnazionali nelle intercettazioni telefoniche e telematiche: esigenze della difesa all'uniformità dei protocolli, per la ricerca della verità

BRUNO FIAMMELLA*

SOMMARIO: *1. L'intellegibilità della conversazione: rilevanza del fattore umano dell'operatore di polizia – 2. Profili e limiti tecnologici – 3. Problematiche transnazionali – 4. La comunicazione telefonica e telematica nell'evoluzione della giurisprudenza italiana – 5. Conclusioni*

1. L'INTELLEGIBILITÀ DELLA CONVERSAZIONE: RILEVANZA DEL FATTORE UMANO DELL'OPERATORE DI POLIZIA

Una delle problematiche poco dibattute, ma d'importanza crescente, con riguardo al tema delle intercettazioni telefoniche, è rappresentata dalla difficoltà, per i soggetti che conducono indagini investigative basate su questo tipo di fonte di prova, derivante dall'utilizzo di standard tecnici e operativi differenti tra i vari stati membri dell'Unione nella gestione e nel trattamento del dato[1].

Ci si riferisce, nello specifico, alla necessità di un allineamento dei protocolli operativi che gli operatori di giustizia seguono nella fase di raccolta e di utilizzo delle informazioni a loro disposizione, atteso che, spesso, anche la semplice differenza d'impostazione del lavoro e di analisi correlata alle informazioni raccolte potrebbe portare a letture differenti, anche solo parzialmente, tra uffici appartenenti a Stati membri diversi.

Allo stato attuale esiste una scarsa standardizzazione delle procedure di gestione del dato digitale frutto di attività d'intercettazione posta in essere dalla polizia giudiziaria con la collaborazione, necessaria, dei gestori telefonici.

La problematica afferente le necessità di standardizzazione dei processi è complessa, perché coinvolge sia aspetti di natura tecnica sia difficoltà connesse al fattore umano[2].

* L'A. è avvocato nello Studio legale Fiammella.

[1] A. BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana, le prospettive di riforma*, in "Cassazione penale", 2009, n. 10, pp. 4023-4033.

[2] S. FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in A. Gaito, "Procedura penale e garanzie europee", Torino, Utet, 2006.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

Sotto questo ultimo aspetto, sono noti gli ostacoli che incontrano gli operatori che ascoltano le conversazioni, nel momento in cui devono ritrascriverle fedelmente su carta[3]. Questa attività, che potrebbe sembrare semplice nell'ambito di una conversazione non criptata o che non si basa su una terminologia atta a celare il significato nascosto delle espressioni, diventa molto articolata quando si cerca di tradurre non solo il linguaggio criptato utilizzato durante la conversazione stessa, ma anche attraverso la lettura e l'interpretazione di alcune forme dialettali[4] o di espressioni che possono assumere, territorio per territorio, sfumature di significato differenti tra loro[5].

Per una intellegibilità effettiva di queste conversazioni sarebbe auspicabile avere a disposizione delle *Standard Operating Procedures* - SOPs, ossia linee guida, valide in tutti gli Stati membri, per il trattamento delle intercettazioni quando queste risultano vaghe, equivoche o enigmatiche e quindi soggette a interpretazioni diverse e in contrasto fra loro.

Non è inusuale assistere a processi in cui, durante l'attività dibattimentale, alcune conversazioni riportate su carta, vengano interpretate o meglio, chiarite, attribuendo alle stesse un significato notevolmente differente da quello che era emerso nel corso dell'indagine stessa[6].

Se si osservano le cose sempre da un'unica prospettiva, vi è il rischio di commettere errori; cambiare prospettiva invece, consente un maggiore bilanciamento valutativo delle circostanze dubbie. Il lavoro dell'agente di polizia che ha effettuato l'intercettazione, si rivela quindi, al tempo stesso, delicato, indispensabile e facilmente criticabile[7]. Gli operatori dell'intercettazione, infatti, non sono soltanto dei trascrittori, ma sono i primi interpreti della comunicazione tra due o più soggetti.

Dunque, è agevole capire quanto sia complesso il percorso che la conversazione fa, da quando viene effettuata e intercettata (a monte) a quando viene poi decifrata e illustrata (a valle, nel dibattimento). Oltre ai comuni errori interpretativi relativi alla qualità dell'audio, esistono delle difficoltà connesse

[3] C. Riviezzo, *La trascrizione delle intercettazioni telefoniche*, in "Gazzetta giuridica", 1994; A. Gaito, *Intercettazioni telefoniche e tutela sostanziale della difesa*, in "Osservatorio Penale", 2010, n. 2-3.

[4] G. Rohlfs, *Studi e ricerche su lingue e dialetti d'Italia*, Firenze, Sansoni, 1972.

[5] P. Bellucci, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, Utet, 2002.

[6] L. Kalb, *Solo l'ascolto del captato assicura un pieno diritto di difesa*, in "Guida al Diritto", 2008, n. 43.

[7] M. Di Stefano, B. Fiammella, *Intercettazioni: remotizzazione e diritto di difesa nell'evoluzione giurisprudenziale e nell'attività pratica investigativa. Profili d'intelligence*, Altalex, 2015.

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

alla prima selezione fatta dall'operatore stesso, tra conversazioni considerate "rilevanti", ed altre cui non viene attribuita importanza[8].

In tale contesto, si deve porre attenzione al delicato problema della carenza di un metodo nella selezione: a volte, l'esclusione di una conversazione, perché si segue un'idea o un percorso investigativo, può rivelarsi un errore, in ragione del fatto che si è escluso dal "pacchetto" di futura analisi, un insieme di messaggi che, se esaminati insieme ai primi, consentono una lettura interpretativa differente della stessa conversazione. Non dobbiamo dimenticare che nella conversazione (tra presenti) intervengono fattori quali il tono, la gestualità, la mimica, ed altri elementi che non appaiono nel testo scritto ma che consentono una corretta lettura del messaggio[9].

Occorre anche considerare che, nella formulazione-espressione di un pensiero, difficilmente l'individuo riesce a rivelare la sua vera e propria intenzione; magari la stessa sarà desumibile successivamente per *facta concludentia* o attraverso parti di conversazioni stralciate, o non trascritte, per differenti motivi (distrazione, incomprensibilità del testo ecc.).

Le analisi in tal senso svolte da alcuni studiosi in tema di sociolinguistica, rivelano che nel momento comunicativo insistono una serie di fattori che fanno da corollario[10] alla comunicazione intercettata, ma che sono di pari importanza ai fini della intellegibilità della stessa: le circostanze in cui viene prodotto un atto linguistico, la tassonomia dei componenti che delinea il contesto ambientale, la contestualizzazione spazio-tempo nel rapporto tra gli interlocutori, la forma del messaggio, il contenuto dello stesso.

Inoltre, all'interno della situazione comunicativa sono di particolare importanza alcuni elementi riconducibili agli interlocutori, come lo *status* (cioè la posizione assunta all'interno di una struttura), il ruolo sociale (cioè l'insieme di ciò che ci si aspetta da un certo *status*) ed il ruolo comunicativo assunto dai partecipanti nel corso della conversazione[11].

[8] A. SPATARO, *Le intercettazioni telefoniche. Problemi operativi e processuali*, in "Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura", 1994, n. 69, pp. 131-150.

[9] A. PAOLONI, D. ZAVATTARO, *Intercettazioni telefoniche e ambientali. Metodi, limiti e sviluppi nella trascrizione e verbalizzazione*, Milano, Ediermes, 2007; Cass., sez. II pen., 25 settembre 2003, n. 45622, in cui è riconosciuta l'ammissibilità della deposizione testimoniale dell'interlocutore di una conversazione, sul contenuto della stessa.

[10] G. BERRUTO, *Fondamenti di sociolinguistica*, Laterza, Roma, 2003.

[11] M. DI STEFANO, *La sociologia della comunicazione come strumento d'indagine*, in www.altalex.com/documents/news/2013/04/22/la-sociologia-della-comunicazione-come-strumento-d-indagine, 17 aprile 2013.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

Si tratta quindi, nella complessa attività svolta dall'operatore di polizia giudiziaria, di prendere esatta cognizione di ciò che avviene durante un contesto comunicativo, per poterlo esattamente interpretare e trascrivere.

L'abilità del tecnico si rivela fondamentale sotto il profilo fonico, quando la situazione comunicativa avviene in forma esclusivamente dialettale, con frequenti *code swiching*, salti linguistici, cambi d'argomento, sottintesi ed espressioni gergali. I "filtri" del lavoro investigativo sono quindi, in una prima fase, di natura soggettiva, applicati a specifiche situazioni e quindi poco generalizzabili e difficili da tradurre in documenti operativi come linee guida o *best practices*.

Per far fronte a questo genere di problemi, in Italia, il Consiglio Superiore della Magistratura sta provvedendo a definire delle linee guida per un'autoregolamentazione uniforme e condivisa dell'operato delle procure[12].

A volte per la corretta interpretazione di una comunicazione occorre che la stessa sia arricchita dalla presenza di un pacchetto di informazioni correlate, quali intercettazioni audio e video: analizzate assieme possono fornire una differente lettura del significato e confutare ipotesi investigative, ribaltandone i risultati[13].

È evidente che sussistono alcune difficoltà operative correlate al fatto che, spesso, la trasposizione dal parlato allo scritto[14] porta con sé elementi chiave quali: l'enfasi, le pause, il ritmo, l'intonazione. Tutti elementi che non vengono trascritti. In questi casi la preparazione dell'operatore giudiziario e la sua capacità investigativa possono essere rilevanti. Ma chi ci garantisce che, in un contesto internazionale, tali metodi lavorativi vengano applicati uniformemente o con le medesime garanzie?

Forse occorrerebbe ridurre la rilevanza probatoria ed indiziaria da attribuire alle conversazioni telefoniche e telematiche, circoscrivendola ai casi più chiari e poco equivocabili: soltanto di fronte ad un testo chiaro si potrà essere certi della univocità del significato dello stesso e della reale volontà degli interlocutori. In tutti questi casi ambigui si applica il principio giuridico *in dubbio pro reo*, per cui l'interesse alla tutela dell'innocente prevale sull'interesse alla condanna del reo.

[12] A. CISTERNA, *Sulle intercettazioni "autoregolamento" uniforme e condiviso*, in "Guida al Diritto", 2 maggio 2016 e www.diritto24.ilsole24ore.com/art/guidaAlDiritto/dirittoPenale/2016-05-02/sulle-intercettazioni-autoregolamento-uniforme-e-condiviso-120856.php.

[13] L. CERRATO, A. PAOLONI, *Sulla trascrizione di intercettazioni ambientali*, Fondazione Ugo Bordoni, Roma, 1996.

[14] P. BELLUCCI, *op. cit.*

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. Profili e limiti tecnologici

La problematica afferente alle necessità di standardizzazione dei processi è complessa, in ragione del fatto che occorrerebbe investire risorse economiche importanti tra i vari Stati ed operatori telefonici, al fine di allineare le procedure di raccolta e di conservazione, gestione, e di eventuale pre-analisi correlata, del dato digitale inerente una intercettazione.

La difficoltà cresce quando tale comunicazione avviene tra soggetti che si trovano in due Stati differenti, le cui compagnie telefoniche applicano e gestiscono il dato in maniera difforme. Il problema è che i vari operatori telefonici gestiscono in maniera diversa i log delle conversazioni e sarebbe auspicabile che fossero investite risorse in modo da stabilire, a livello europeo, uno standard a cui uniformarsi da parte di tutti gli operatori coinvolti. Tuttavia, questo comporterebbe comunque un atto legislativo che stabilisca uno standard minimo, obbligando, di fatto, ogni soggetto che vuole operare in Europa, ad adeguare le proprie procedure in modo da facilitare le attività investigative.

Gli operatori telefonici tendono a investire nei settori che permetteranno loro di acquisire maggiori profitti, ma questo trend dovrebbe essere bilanciato, almeno in parte, da uno sforzo per uniformare i formati di memorizzazione delle conversazioni telefoniche e telematiche. Nella spasmodica corsa finalizzata a conquistare nuove porzioni di mercato, i gestori continuano ad abbattere i costi o a stipulare accordi nei limiti consentiti dalla normativa europea vigente, ma trascurano di investire risorse per tutelare le esigenze investigative[15]. L'Unione europea stessa ha evitato, sino ad oggi, di impartire direttive rigide ai gestori di telefonia mobile.

L'*European Telecommunications Standards Institute* - ETSI è un organismo internazionale, senza fine di lucro, responsabile della definizione e dell'emissione di standard nel campo delle telecomunicazioni in Europa. Alcuni standard di comunicazione, quali quello del sistema di telefonia cellulare GSM[16], il sistema di telefonia *cordless* e quello di comunicazione radio mobile TETRA[17], sono stati sviluppati nell'ambito dell'ETSI. Sono state istituite in seno al suddetto istituto alcune delle più rilevanti commissioni di standardiz-

[15] M. Giusti, *Gli ambiti dello studio giuridico dell'economia*, in M. Giusti, E. Bani (a cura di), "Complementi di diritto dell'economia", Padova, Cedam, 2008.

[16] *Global System for Mobile Communications*, standard di protocollo per il collegamento delle telecomunicazioni più diffuso.

[17] *TErrestrial Trunked RAdio*, originariamente *Trans European Trunked Radio*, è uno standard di comunicazione a onde radio, usato principalmente dalle forze di pubblica sicurezza e militari e dai servizi di emergenza, oltre che dai servizi privati civili.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

zazione nel campo delle telecomunicazioni quali ad esempio il 3GPP, per la definizione degli standard per reti UMTS[18], o TISPAN[19] per le reti fisse e la convergenza di Internet.

Tutto ciò in realtà non è ancora sufficiente. Anzi, i protocolli in studio definiti dall'ETSI evidenziano la carenza di standard comunitari finalizzati a gestire sia i file di log[20] del traffico telefonico e telematico, che i metadati allo stesso aggregati: documentazione, tabulati, a volte non completamente disponibili, o non adeguatamente intellegibili, o ancora, non correlabili con certezza all'intercettazione stessa cui si riferiscono.

Dunque, può affermarsi che l'evoluzione tecnologica si scontra per un verso con la lentezza nell'adeguarsi al rapido sviluppo tecnologico da parte degli istituti e degli strumenti giuridici, per altro verso con la inevitabile lentezza del processo di aggiornamento del dato normativo[21], ed infine con la ristrettezza dell'ambito di operatività di alcuni protocolli (validi solo all'interno del singolo territorio nazionale).

È evidente come i punti deboli di questo sistema non possano essere focalizzati esclusivamente nell'ambito dell'attività operativa degli agenti di polizia giudiziaria ma vadano ricercati in un quadro globale non ancora omogeneo, sia a livello nazionale sia a livello internazionale. Si consideri l'incremento del *gap* tecnico tra l'evoluzione tecnologica e la formazione degli operatori, aumento che amplia il divario delle conoscenze tecniche e operative, ed è fonte di errori che si ripercuotono nella inutilizzabilità di atti e documenti, o in una parziale intellegibilità del dato, con evidenti rischi di inutilizzazione dello stesso (si pensi agli errori che hanno una ricaduta sull'attribuibilità di una conversazione telefonica o telematica, ad un determinato orario e luogo, agli autori della stessa).

[18] *Universal Mobile Telecommunications System* è uno standard che sorpassa quello del GSM. È la terza generazione (3G) che gode di una maggiore velocità di trasmissione.

[19] *Telecoms & Internet converged Services & Protocols for Advanced Networks* - Telecomunicazioni e Internet Servizi e protocolli convergenti per reti avanzate, è un organismo di normalizzazione del protocollo ETSI, specializzato in reti fisse e nella convergenza della rete Internet.

[20] Il log può essere definito come la registrazione sequenziale e cronologica delle operazioni effettuate secondo l'ordine di esecuzione; il file o insieme di file su cui tali registrazioni sono memorizzate, è quindi definito "di log", una specie di registro degli eventi che hanno caratterizzato il sistema che viene posto sotto analisi.

[21] E. Aprile, F. Spezia, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali: innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004.

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

In questo scarno panorama di coordinamento internazionale, i maggiori rischi derivano dal fatto che tanto più ampia è la sfera di strumenti hardware e software utilizzati (si pensi agli ordierni strumenti *mobile* che consentono che la comunicazione, attraverso protocolli differenti, sia correlata da documenti, suoni, video, immagini, riprese audio ecc.) tanto maggiore sarà la difficoltà, spostandosi da un applicativo ad un altro, di poter beneficiare di standard applicativi interoperabili. Così, ad esempio, potrebbe verificarsi che un reperto fonico, arrivi a destinazione privo di identificazione, sicché i relativi "pacchetti dati", convogliati in ritardo, o mai acquisiti dal sistema, siano di fatto inutili ai fini investigativi.

Il problema diventa ancora più rilevante quando l'operatore di polizia giudiziaria usa prodotti o software applicativi (pseudo intelligenti), in grado di incrociare notevoli quantità di informazioni relative al soggetto, o ai soggetti, coinvolti nell'investigazione. La ricerca e i risultati cui si può approdare sono determinati anche da una corretta sintassi nel caricamento del dato, e a una correlata impostazione a monte di alcuni parametri operativi dello strumento utilizzato. Il rischio dell'utilizzazione di questi strumenti è simile a quello che si può avere quando, durante una conversazione maliziosa in un gruppo di amici, viene estrapolata una sola informazione che, se decontestualizzata, può diventare falsa e tendenziosa. Il percorso di utilizzazione di questi strumenti è altrettanto pericoloso, con le dovute differenze. Se due operatori utilizzano il software in maniera errata, o non conoscono il protocollo o il principio di ricerca che ha guidato il collega di un altro Stato, il risultato investigativo cui si perviene, potrebbe essere parzialmente errato o falsato. Tutto ciò con evidenti problematiche che si espandono durante il processo a seconda delle competenze e conoscenze di sostituti procuratori, avvocati, magistrati e agenti di polizia giudiziaria[22].

La modalità di generazione e di conservazione dei dati del traffico telematico risulta essere una delle principali problematiche riscontrabili nell'attività di indagine difensiva. Si comprende quanto sarebbe utile riferirsi ad applicativi internazionali omogenei che consentano, ad esempio, di risolvere il primo problema spesso inerente il dato digitale: l'individuazione dei soggetti ob-

[22] C. Di Martino, *Le intercettazioni telematiche e l'ordinamento italiano: una convivenza difficile*, in "L'Indice penale", 2002, n. 1, pp. 219-225; F. Ruggieri, *Profili processuali nelle investigazioni informatiche*, in L. Picotti (a cura di), "Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet", Padova, Cedam, 2004.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

bligati alla conservazione dei file di log e la corretta individuazione di quale tipologia di informazioni vadano conservate.

In Italia la normativa in vigore consente di individuare questi soggetti negli Internet service provider, cui si aggiungono – *ex* art. 132 Codice in materia di protezione dei dati personali, novellato dalla legge 48 del 2008 ai commi 4-*ter*, *quater* e *quinquies* – gli operatori di servizi informatici e telematici[23].

Le definizioni normative possono, in qualche caso, essere difficili da interpretare, là dove si parla di "operatore" di servizi e in altri punti di "fornitore"[24].

L'intento è quello di aumentare il bacino di soggetti coinvolti nella conservazione del traffico telematico, a causa delle sempre più ampie utilizzazioni del dato stesso e dei sempre maggiori contenuti e servizi correlati (motori di ricerca, contatori di visite, rilevatori di presenza e consumo ecc.).

La definizione contenuta nel testo di legge è quindi ampia ed indefinita, accogliendo nel suo alveo una multiforme varietà di soggetti ed operatori. È inevitabile pensare che nello svolgimento della corretta attività d'indagine, sia complesso individuare il bacino di rilevanza, e sia altrettanto utile selezionarlo e circoscriverlo, soprattutto nella fase iniziale dell'attività investigativa. Occorrerà sempre tenere a mente il principio della "pertinenza" e della "non eccedenza", quali linee guida indicate dal Garante della privacy e dalla legge, per un utilizzo ponderato delle informazioni di cui si dispone[25].

[23] Secondo l'art. 132, Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui è rivolto l'ordine previsto dal co. 4-*ter* deve ottemperarvi senza ritardo, fornendo immediatamente all'autorità richiedente l'assicurazione dell'adempimento. Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici è tenuto a mantenere il segreto relativamente all'ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte per il periodo indicato dall'autorità. In caso di violazione dell'obbligo si applicano, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le disposizioni dell'articolo 326 del codice penale. I provvedimenti adottati ai sensi del co. 4-*ter* sono comunicati per iscritto, senza ritardo e comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida. In caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia.

[24] A. NICASTRO, *I provvedimenti cautelari reali in materia di indagini informatiche*, in docplayer.it/4099242-I-provvedimenti-cautelari-reali-in-materia-di-indagini-informatiche-antonio-nicastro-sost-procuratore-della-repubblica.html.

[25] In tema di traffico telematico correlato alla navigazione su Internet si veda l'art. 5 Dir. 2006/24/CE del 15 marzo 2006 (d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109) riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. Tuttavia si tenga conto che l'8 aprile 2014 una decisione della Corte di giustizia europea ha dichiarato invalida questa direttiva Ue, sostenendo che "[...] adottando la Direttiva sulla Data Retention, la legislatura Ue abbia superato i limiti imposti dalla conformità col principio di proporzionalità".

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'evoluzione tecnologica rivela che anche la ricezione di un messaggio inviato tramite sms ed mms può sviluppare delle criticità nell'acquisizione del dato dalla postazione di intercettazione: è necessario ad esempio, per la messaggistica mms, richiedere al gestore del sistema di intercettazione, l'attivazione di una specifica applicazione. Anche in questo caso si rinviene il rischio già chiarito in precedenza: non vi è una standardizzazione, a livello internazionale, dei metadati disponibili dal dispositivo di intercettazione[26].

In ambito comunitario l'analisi, l'interpretazione e la rappresentazione del dato genera delle confusioni che ricadono sull'operato dell'autorità giudiziaria operante.

Di fronte a queste difficoltà è opportuno segnalare che il mercato offre alcune soluzioni attraverso l'utilizzo di software dedicati esplicitamente alla attività di remotizzazione o di analisi delle informazioni.

Questi strumenti consentono di applicare dalla postazione di ascolto dell'operatore di polizia giudiziaria, alcuni "filtri", al fine di esaminare la conversazione intercettata, correlando la stessa e integrandola con diverse informazioni utili[27]. I programmi di analisi dei dati raccolti, sono in grado di correlare le conversazioni utilizzando differenti parametri di ricerca e di filtro. I sistemi consentono oggi di aggregare le intercettazioni con le funzioni di "tracciamento", previa abilitazione dei protocolli di intercettazione: è quanto avviene nelle intercettazioni di mms, di comunicazioni via telefax e di comunicazioni VoIP.

Altra problematica riguarda l'analisi dei tabulati telefonici: è noto che ogni gestore di telefonia utilizza un criterio di rappresentazione differente, tanto da rendere non univoca l'interpretazione del dato raccolto. Alcuni moderni software sono in grado di interpretare in automatico i vari tabulati dei singoli gestori, ma si tratta di software proprietari.

È inimmaginabile la difficoltà che incontrerebbe un'autorità giudiziaria comunitaria a dover porre sotto analisi manuale un tabulato del gestore X ed uno del gestore Y che non siano tra loro allineati o standardizzati attraverso dei processi stabiliti a monte. Senza contare che così facendo una svista o un errore materiale sarebbe statisticamente molto più probabile.

L'analisi di questi dati è un lavoro successivo alla raccolta che, soprattutto nel caso di rogatorie internazionali, diventa uno strumento su cui sarebbe utile concordare un protocollo d'intesa ed una uniformità degli standard ope-

[26] M. Di Stefano, B. Fiammella, *op. cit.*
[27] *Ibidem*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

rativi. Non sempre si riscontra questo sforzo da parte degli operatori del settore. Questo si aggiunge alle già criticate problematiche relative alle società private che operano nel settore delle telecomunicazioni. Per quanto concerne l'attività di analisi, alcuni servizi centrali delle forze di polizia, in Italia, sono in possesso di strumentazione idonea dedicata esplicitamente a questa attività, si tratta di software che consentono di analizzare e comparare un ampio spettro di informazioni e di banche dati[28].

Uno dei più noti è TETRAS[29], uno strumento per la gestione del traffico telefonico progettato per importare ed analizzare milioni di informazioni ed acquisire direttamente i tabulati prodotti dai gestori delle reti telefoniche. Le funzioni di analisi consentono di elaborare i dati di utenze fisse e radiomobili, telefoni pubblici, celle di aggancio GSM, schede telefoniche. È un software in grado di svolgere una notevole attività di analisi del traffico telefonico: dalla importazione e normalizzazione dei tabulati telefonici, al trattamento delle anagrafiche, fino all'analisi relazionale, temporale e *Geographic Information System* - GIS[30]. TETRAS è in grado di interagire con altri prodotti noti alle forze dell'ordine, in particolare con il sistema denominato *Analyst's Notebook*, che costituisce uno standard mondiale nell'analisi visuale delle informazioni. Attraverso un complesso processo di clusterizzazione, individua collegamenti indiretti ed evidenzia le informazioni "nascoste", quelle che solo attraverso *Analyst's Notebook* l'operatore può acquisire.

Per illustrare la complessità delle problematiche descritte è utile fornire un esempio: il caso riguarda l'attività d'intercettazione di una utenza mobile, dotata di sim-card acquistata in Italia, ma il cui utilizzatore si trova, al momento dell'intercettazione, all'estero[31]. In adesione a una linea di evoluzione della giurisprudenza[32] non sarebbe necessario effettuare una rogatoria internazionale, se le operazioni di intercettazione possono essere svolte interamente nel territorio dello Stato.

Si pensi all'ipotesi di un microspia installata su un'autovettura italiana, che durante il suo tragitto, nello svolgimento di attività illecite (contrabbando,

[28] A. Paoloni, D. Zavattaro, *op. cit.*

[29] *Telephone Traffic Analysis System*.

[30] M. Di Stefano, B. Fiammella, *op. cit.*

[31] P. Ielo, *Relazione al convegno* "Intercettazioni, attività di polizia giudiziaria, utilizzazione processuale degli atti assunti" (Roma, 11 febbraio 2010), in slideplayer.it/slide/588011.

[32] Cass., sez. IV pen., 7 giugno 2005; Cass., sez. I pen., 16 ottobre 2002; Cass., sez. V pen., 19 settembre 2002.

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

truffa, reati di natura finanziaria), si sposta frequentemente all'estero. Operando diversamente si creerebbe un'impossibilità tecnica di procedere alle intercettazioni, ben potendo l'autorità giudiziaria che le ha disposte ignorare il luogo dove si trova il veicolo, ed essendo quindi impossibilitata a chiedere la rogatoria, neppure con l'urgenza e con i modi previsti dall'art. 727, co. 3, c.p.p.[33].

3. Problematiche transnazionali

La disciplina delle intercettazioni varia a seconda degli Stati membri. In Francia il potere di autorizzare le intercettazioni telefoniche è attribuito esclusivamente al giudice istruttore, seppure in presenza di condizioni rigide. In Germania, invece, le intercettazioni sono consentite soltanto se le indagini risultino particolarmente complesse e solo in caso di reati particolarmente gravi. Nel Regno Unito le intercettazioni possono essere effettuate da parte delle autorità preposte alla tutela dell'ordine pubblico e dei servizi di sicurezza previa autorizzazione del Ministero dell'Interno, ma sulla base della sussistenza di requisiti di necessità e di proporzionalità[34].

Che la materia sia delicata e che sulla stessa si scontrino la dialettica delle parti tra accusa e difesa, lo dimostra anche il fatto che lo stesso accordo di Schengen[35] all'art. 46, abbia previsto che possono essere validamente acquisite ai sensi dell'art. 78, co. 2 delle disp. att. e coord. le intercettazioni telefoniche svolte dagli ufficiali di polizia giudiziaria transfrontalieri, inquadrandole nell'alveo degli atti cosiddetti "irripetibili", quando sono stati trasmessi, di propria iniziativa, alle autorità italiane interessate alle informazioni.

Sugli approfondimenti da farsi in merito alla trasmissione "spontanea" di questi atti, sembra trovarsi di fronte ad una definizione normativa forzata: o riconosciamo l'esistenza pregressa di un coordinamento di una indagine transfrontaliera, oppure non si comprende come possano essere svolti de-

[33] Cass., sez. IV pen., 6 novembre 2007, in CED Cass., n. 238951.

[34] D. Liberatori, *Le intercettazioni telefoniche tra Diritto di cronaca e Privacy*, Tesi di laurea in Scienze della Comunicazione, Università la Sapienza di Roma, a.a. 2009-2010; C. Battistoni, *Capitolo IV - Profili comparatistici*, in A. Chukwuemeka, C. Battistoni, V. Calabrese et al., "La disciplina delle intercettazioni tra presupposti di legittimità, divieti d'uso e distruzione", Laboratorio didattico di procedura penale, a.a. 2012-2013, in docplayer.it/12387337-La-disciplina-delle-intercettazioni.html

[35] Cfr. eur-lex.europa.eu/summary/glossary/schengen_agreement.html?locale=it.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

gli accertamenti in maniera spontanea, e poi casualmente inviati all'ufficio italiano che sta indagando sul medesimo fatto di reato.

Ad ogni modo, il principio generale è che la procedura di rogatoria internazionale sia obbligatoria solo nell'ipotesi in cui l'intercettazione riguardi comunicazioni che transitano unicamente in territorio straniero[36]. Quindi, non è necessario ricorrere alla rogatoria internazionale:

1. per le telefonate su rete fissa in uscita dall'Italia e dirette all'estero perché l'attività di captazione è svolta interamente nel nostro territorio;
2. per le telefonate su rete fissa provenienti dall'estero verso l'Italia perché l'intercettazione può svolgersi con "instradamento"[37];
3. per le comunicazione tra utenze mobili italiane in uso all'estero perché ciò che rileva ai fini della competenza giurisdizionale è la nazionalità dell'utenza e non il luogo in cui avviene la conversazione.

Ne consegue che si dovrà attivare la procedura rogatoriale in tutte e sole le ipotesi in cui le intercettazioni debbano essere eseguite interamente all'estero.

L'attività che disciplina le modalità di effettuazione delle intercettazioni telefoniche da svolgersi all'estero, aventi ad oggetto utenze straniere, o comunicazioni che non transitano su un nodo telefonico interno, dunque, è regolamentata dalla procedura di rogatoria, disciplinata dalla convenzione bilaterale o plurilaterale ratificata dall'Italia e dal Paese estero interessato, e, in mancanza, dalle norme codicistiche dettate dagli artt. 727 ss. c.p.p.[38]

Si applica la *lex loci*[39], sicché è irrilevante che all'estero le operazioni di intercettazione siano state eseguite senza il rispetto di quanto statuito dagli artt. 267 e 268 c.p.p., salvo che la violazione non abbia inciso su principi fondamentali del nostro ordinamento: non è necessaria, dunque, la trasmissione dei cosiddetti "brogliacci" di ascolto redatti dagli ufficiali di polizia giudiziaria stranieri, né occorre che la trascrizione delle conversazioni intercettate all'estero sia stata effettuata con una perizia[40].

La trasmissione all'autorità giudiziaria italiana della documentazione relativa all'attività di indagine svoltasi all'estero è conforme alle prassi invalse nell'applicazione delle convenzioni internazionali e non comporta alcuna inu-

[36] Cass., sez. I pen., sent. n. 13972 del 2009.

[37] Cass. pen., sent. n. 10051 del 2007; Cass. pen., n. 13206 del 2008; Cass. pen., sent. n. 7259 del 2004.

[38] P. Ielo, *op. cit.*

[39] Legge locale, ossia vige la legge dello specifico Paese in cui sono state effettuate le intercettazioni.

[40] Cass., sez. I pen., 30 gennaio 2002; Cass., sez. II pen., 13 dicembre 2001.

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

tilizzabilità *ex* art. 729, co. 1, c.p.p.[41] addirittura ammettendosi la trasmissione delle mere fotocopie, secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali estremi.

Altra ipotesi degna di rilevanza di cui al trattato Schengen, artt. 39 e 46[42], è quella riguardante la trasmissione spontanea di informazioni, in merito proprio alla loro utilizzabilità: le autorità inquirenti avrebbero la possibilità di procedere allo scambio di informazioni investigativamente utili senza tuttavia disporre in ordine al regime di utilizzabilità, rimesso alla legislazione degli Stati contraenti.

Sorge il problema, in questo caso, di comprendere la portata applicativa dell'art. 729, co. 1 c.p.p. quando statuisce l'inutilizzabilità degli atti acquisiti in violazione delle norme di cui all'art. 696 co. 1, in tema di rogatorie.

Sul punto, diversi orientamenti sostengono la possibilità di utilizzazione, stabilendo che la norma in questione ha ad oggetto le modalità di svolgimento delle rogatorie all'estero, e non i meccanismi di acquisizione di fonti di prova[43]. Le informazioni emerse all'interno di un procedimento penale all'estero, che spontaneamente ed autonomamente l'autorità giudiziaria di uno Stato offre all'autorità giudiziaria italiana, restano estranee all'area dell'inutilizzabilità speciale di cui all'art. 729, co. 1, c.p.p., che attiene alle rogatorie[44,45]. Nel caso in esame sono stati qualificati come "atti amministrativi di carattere informativo" quelli trasmessi spontaneamente dalla polizia straniera[46].

[41] Cass., sez. I pen., 20 settembre 2002.

[42] Art. 46 del trattato di Schengen: «1. In casi particolari ciascuna Parte contraente può, nel rispetto della propria legislazione nazionale e senza esserci invitata, comunicare alla Parte contraente interessata informazioni che possono essere importanti per quest'ultima ai fini dell'assistenza per la repressione di futuri reati, della prevenzione di reati o di minacce per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica. 2. Lo scambio di informazioni avviene, fatto salvo il regime di cooperazione nelle regioni frontaliere di cui all'articolo 39, paragrafo 4, per il tramite di un organo centrale da designare. In casi particolarmente urgenti, lo scambio di informazioni ai sensi del presente articolo può avvenire direttamente tra le autorità di polizia interessate, salvo disposizioni nazionali contrarie. L'organo centrale ne è avvertito quanto prima.» Si veda altresì, la Convenzione europea di Budapest 2001, art. 26, ratificata dalla legge n. 48 del 2008; l'art. 7 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, avente ad oggetto la mutua assistenza tra Stati.

[43] Cass., sez. II pen., sent. n. 44673 del 2008.

[44] Cass., sez II pen., sent. n. 11116 del 2009.

[45] P. Ielo, *op. cit.*

[46] Sono stati qualificati come irripetibili *ex* art. 431 c.p.p. i tabulati relativi all'attività concernente il transito alla frontiera con la Romania relativamente ad una pluralità indistinta di soggetti, e non mirati sui ricorrenti.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

4. La comunicazione telefonica e telematica nell'evoluzione della giurisprudenza italiana

Evidenziati i problemi operativi e trasnazionali nelle intercettazioni telefoniche e telematiche, può a questo punto essere utile porre in luce come le esigenze della difesa, in un contesto caratterizzato da un rapidissimo mutamento delle tecnologie, possano rischiare di essere scalfite anche dalla poca chiarezza del nostro stesso legislatore.

Non può tacersi, infatti, che il sistema giuridico italiano, non fornisce una precipua definizione dell'istituto delle intercettazioni e, a seguito della legge 23 dicembre 1993, n. 547, sono sorte ulteriori perplessità interpretative[47].

Potrebbe essere utile domandarsi se sia giuridicamente corretto oggi continuare a differenziare le comunicazioni "telematiche" da quelle "telefoniche" e quanto possa essere utile armonizzare i protocolli operativi, e normativi, considerando, come assunto di base, che non tutti gli Stati dell'Unione sono garantisti come quello italiano.

Con la sentenza n. 21 del 1998, le Sezioni Unite si sono espresse statuendo che l'evoluzione della telefonia, sotto il profilo tecnologico determina una prevalenza delle tecnologie elettroniche utilizzate nel trattamento dei segnali telefonici (conversazioni), e dei dati di qualunque tipo convogliati in rete per qualunque servizio.

Orbene, mentre il sistema di tipo elettromeccanico (*relè*) della telefonia precedente non comportava il trattamento dei dati cosiddetti "esterni" alla conversazione, il sistema elettronico della telefonia mobile, in particolare, comprende necessariamente il trattamento di dati esterni, che vengono trattati e registrati ancorché alla chiamata non segua alcun colloquio o conversazione. Il flusso di questi "bit" comprende anche dati relativi al traffico dei servizi complementari alla telefonia mobile[48].

Lo scenario descritto nel 1998 viene richiamato da una ulteriore pronuncia del 2000, la n. 6, nella quale le Sezioni Unite confermano la tesi della

[47] G. Lucantoni, *Capitolo I - Profili generali*, in A. Chukwuemeka, C. Battistoni, V. Calabrese et al., "La disciplina delle intercettazioni tra presupposti di legittimità, divieti d'uso e distruzione", Laboratorio didattico di procedura penale, a.a. 2012-2013, in docplayer.it/12387337-La-disciplina-delle-intercettazioni.html.

[48] A. Bonomo (a cura di), *Le investigazioni con l'impiego di intercettazioni di comunicazioni e di flussi informatici o telematici. I nuovi strumenti di comunicazione telematica ed informatica. Aspetti tecnici e questioni giuridiche*, in "Atti dell'incontro di studi sul tema Tecniche di indagine e rapporti tra p.m., polizia giudiziaria, consulenti tecnici e difensori" (Roma, Consiglio Superiore della Magistratura, 4-8 luglio 2011).

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

riconducibilità al sistema informatico/telematico dell'attuale sistema telefonico mobile. La Corte sottolinea l'evoluzione della telefonia col sistema digitale GSM (in cui il segnale analogico viene digitalizzato, cioè trasformato in bit, che consente di effettuare la trasmissione di dati ed anche di inviare e ricevere brevi messaggi).

Si legge nella pronuncia che «in concreto, le linee telefoniche, secondo la moderna tecnologia, attuano la trasmissione delle comunicazioni con la conversione (codificazione) di segnali fonici in forma di "flusso" continuo di cifre e detti segnali, trasportati all'altro estremo, vengono ricostruiti all'origine (decodificazione) ... Trattasi, dunque, di flussi relativi ad un sistema tecnico che s'innesta nella disciplina delle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, captate a sorpresa nel corso del loro svolgimento, che hanno per oggetto anche la posta elettronica (e-mail) da computer a computer collegati alla rete Internet o in forma ibrida a mezzo di messaggi sms da computer, collegato alla detta rete, ad apparecchi cellulari GSM o viceversa. Il flusso è il dialogo delle comunicazioni in corso all'interno di un sistema o tra più sistemi informatici o telematici. Fra strumenti informatici, quindi, è possibile lo scambio di impulsi in cui si traducono le informazioni; scambio che è comunicazione al pari della conversazione telefonica, sicché la relativa captazione nel momento in cui si realizza costituisce intercettazione».

La giurisprudenza successiva si è adeguata, consolidando l'orientamento ed affermando che «la rete di telefonia mobile costituisce un sistema telematico protetto»[49]. Per continuare, sempre le Sezioni Unite, con la sentenza n. 36359 del 2008, intervenendo in tema di "remotizzazione" dell'ascolto, hanno riconosciuto che «la rivoluzione che ha trasformato la telefonia nel recente passato ha segnato, in estrema sintesi, il progressivo passaggio dalla trasmissione di segnali in maniera analogica a quella di dati in forma digitale, trasformando il servizio telefonico (a partire da quello di telefonia mobile) in un sistema informatico o telematico. È dunque mutato lo stesso oggetto fisico della comunicazione telefonica e, quindi, della sua intercettazione. Di conseguenza è stato fatto progressivamente ricorso alla utilizzazione di sistemi di registrazione digitale computerizzata che hanno sostituito gli apparati meccanici»[50].

A riprova del progressivo avvicinamento tra le nozioni di comunicazione telematica e telefonica, è utile segnalare come lo stesso concetto di siste-

[49] Cass. pen., sent. n. 36288 del 2003; Cass. pen., sent. n. 5688 del 2004.

[50] A. Bonomo, *op. cit.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2

ma telematico/informatico abbia conosciuto negli anni una sempre maggiore espansione, fino a ricomprendere persino le carte di pagamento collegate all'apparecchiatura POS - *Point Of Sale* (Cass., sent. n. 43755 del 2012).

Su questa linea, sempre le Sezioni Unite con la sentenza n. 17325 del 2015 hanno definitivamente accolto l'ampissima definizione di sistema telematico/informatico già fornita con sentenza n. 3067 del 1999 dalla IV Sezione, affermando che «... per sistema informatico ... deve intendersi un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche che sono caratterizzate, per mezzo di una attività di codificazione e decodificazione, dalla registrazione o memorizzazione tramite impulsi elettronici, su supporti adeguati, di dati, cioè, di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraversi simboli in combinazioni diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare informazioni costituite da un insieme più o meno vasto di informazioni organizzate secondo una logica che consente loro di esprimere un particolare significato per l'utente».

La distinzione diventa sempre più difficile perché il concetto di comunicazione telefonica sembra interamente ricompreso in quello di comunicazione telematica.

Queste pronunce aprono certamente scenari di studio interessanti, soprattutto in ragione delle note problematiche di tassatività e determinatezza della fattispecie. Bisogna però evitare che gli orientamenti giurisprudenziali possano sostituire l'intervento legislativo chiarificatore, onde evitare la perdita dei presupposti di garanzia su cui si basano i principi dello Stato di diritto. I rischi sarebbero quelli di porre il soggetto destinatario delle norme nell'impossibilità di discernere il comportamento doveroso cui attenersi per evitare le conseguenze della sua inosservanza.

5. Conclusioni

È evidente, volendo provare a dare una risposta alle problematiche esposte, che occorra demandare all'Unione europea il compito di creare una commissione di studio che, procedendo dalla lettura dello stato dell'arte tecnico informatico e dei protocolli di comunicazione, arrivi allo sviluppo di linee guida vincolanti per gli Stati membri.

Linee guida che si occupino sia di uniformare gli standard delle telecomunicazioni transfrontaliere che quelli del trattamento del dato oggetto d'intercettazione. Un protocollo che obblighi l'operatore di polizia giudiziaria ad

ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2 © Edizioni Scientifiche Italiane

adottare una procedura uniforme sin dalla prima e più delicata fase di acquisizione, e nella successiva fase di trasmissione del dato e delle informazioni correlate, utilizzando software tra loro compatibili.

In questo terzo millennio caratterizzato dalla digitalizzazione delle informazioni, la collaborazione deve procedere su piani diversi: l'uniformità delle modalità operative è un requisito fondamentale per il rispetto delle esigenze di efficienza del sistema giudiziario nazionale e internazionale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISSN 0390-0975 ISBN 978-88-495-3285-2