



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

ALIENAZIONE ED ACCELERAZIONE DIGNITÀ DELL'UOMO, TRA CARCERE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

*Contributi, riflessioni e linee programmatiche
per l'VIII Open Day dell'Unione Camere Penali Italiane*

RIMINI, 7-8 GIUGNO 2024



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

L'Open Day UCPI di Rimini è giunto alla sua VIII° edizione e, nel tempo, è divenuto un appuntamento importante nella vita associativa dell'Unione perché durante la due giorni riminese viene dato spazio ai lavori degli Osservatori per illustrare le linee programmatiche su cui si concentrano i loro studi.

L'Osservatorio sul processo del Doppio Binario e l'art. 111 Cost., costituito nell'anno 2015 sull'idea originaria di Beniamino Migliucci ed Armando Veneto che ne vollero l'istituzione, si occupa di analizzare e studiare i casi, le opinioni e le esperienze dell'Avvocatura sul funzionamento del processo "speciale" circa le prassi distorsive delle regole del giusto processo e le norme che le presidiano, proponendo azioni di intervento dei penalisti e modifiche normative.

I temi di questa edizione dell'open day U.C.P.I. sono l'INTELLIGENZA ARTIFICIALE ED IL CARCERE due argomenti che riguardano da vicino anche i processi c.d. "di doppio binario", la cui concezione espansiva nella pratica giudiziaria è ormai divenuta "sistema".

Nel contesto dato, l'Osservatorio ha deciso di orientare nell'immediato i propri lavori su tre aree tematiche dedicate all'indagine circa l'utilizzo investigativo di dati scambiati con criptofonini e del captatore informativo (c.d. Trojan), nonché, per ciò che riguarda la seconda tematica del titolo dell'open day, alle conseguenze in sede esecutiva anche nell'ambito dei reati di Codice Rosso, anch'essi ormai divenuti reati "di doppio binario".

INTERCETTAZIONI ENCROCHAT - SKYECC: IL DOPPIO BINARIO CRIPTATO.

Da molti mesi giuristi ed esperti si interrogano su quale sia la natura e la legalità dell'attività acquisitiva della messaggistica gestita dalle piattaforme e EncroChat e SkyEcc svolta dalla autorità giudiziaria francese nell'ambito di procedimenti penali che avevano ad oggetto la ipotesi che attraverso le chat criptate si sviluppassero traffici illegali anche nel settore del narcotraffico.

Nei Tribunali avvocati e magistrati dibattono su tali questioni senza ancora aver nemmeno risolto il fondamentale presupposto dal quale poi dovrebbe discendere l'individuazione del corretto inquadramento giuridico, e cioè non è ancora stato chiarito se l'attività acquisitiva si è svolta attraverso l'intercettazione dei flussi telematici in tempo reale, ovvero, se la registrazione di tali flussi fosse stata rinvenuta in un server e fosse stata quindi oggetto di acquisizione a seguito di perquisizione informatica. Certo è che il conflitto che si è aperto su tali aspetti



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

della vicenda, tra diverse sezioni della Corte di Cassazione e tra collegi delle medesime sezioni, ha determinato la rimessione della questione alle Sezioni Unite, decise il 29 Febbraio u.s. della quale allo stato non si conoscono le motivazioni.

Di recente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi sull'argomento e dalla motivazione della decisione sembra potersi ricavare, intanto, che la natura dell'attività svolta corrisponda a pieno titolo a quella che nel nostro codice è disciplinata dagli dall'articolo 266 *bis* cpp, cioè si tratta di attività intercettiva di flussi telematici. Quanto invece alle fondamentali valutazioni circa la legalità di un'attività di intercettazione che investa massivamente decine di migliaia di persone (70.000 nel caso di SkyEcc, 30.000 nel caso di EncroChat) sulla base del presupposto che l'impiego di uno strumento di comunicazione particolarmente attrezzato per impedire o rendere difficile l'attività intercettiva, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea stabilisce un precisa distinzione legata all'ambito dei suoi poteri propri allorché venga investita in via pregiudiziale circa la corretta interpretazione di atti normativi dell'Unione.

E se per un verso afferma il principio della semplificazione della cooperazione tra autorità giudiziaria all'interno dell'Unione Europea muovendo dal presupposto che le decisioni assunte dei Giudici nei Paesi membri debbano presumersi conformi al quadro dei principi fondamentali posti a base del trattato sull'Unione, dall'altro lato esclude di poter entrare nel merito della violazione di diritti fondamentali delle persone eventualmente incisi da pratiche investigative illegali e sottolinea, al riguardo, che tale ambito di valutazione è riservato al giudice interno che dovrà avere quali punto di riferimento i principi dell'ordinamento processuale di riferimento oltre che i principi generali posti da fonti sovranazionali.

Nello specifico su altra questione che era stata devoluta in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia richiama l'attenzione sulla corretta interpretazione dell'articolo 31 della direttiva 2014/41 che fa riferimento al potere dell'autorità giudiziaria nazionale di verificare in via preventiva l'ammissibilità dell'attività di intercettazione svolta da parte delle autorità giudiziaria di altro paese membro tutte le volte in cui è previsto, o accertato in corso di esecuzione, che l'attività medesima investa bersagli che si trovano sul territorio di altro stato; precisando a quali condizioni si può legittimamente acquisire ed utilizzare la prova acquisita nei procedimenti a carattere "transfontaliero", individuando quale sia l'Autorità -



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

dello Stato membro notificato, n.d.r. - legittimata a ricevere la notifica dell'avvio delle operazioni di intercettazione da parte dello "Stato membro di intercettazione".

Per la soluzione al quesito si legga il punto 118 della Sentenza secondo cui deve essere riconosciuta una facoltà giurisdizionale a ciascun Stato membro, che nel caso dell'ordinamento processuale italiano coincide nella figura del Gip, al fine di attuare un controllo a monte circa la legittimità delle operazioni di intercettazione pena l'eventuale interruzione del flusso intercettivo di comunicazione in fieri di esecuzione.

Nel ripercorrere i passaggi essenziali dell'attività di indagine svolta nel procedimento principale, che ha determinato il presupposto giuridico-fattuale per l'elaborazione delle questioni pregiudiziali, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza C670/22 al **punto 22**, sintetizzando il contenuto della nota con cui l'Ufficio Federale di Polizia Criminale tedesco (BKT) che annunciava l'apertura di un'indagine a carico di un gruppo ignoto di utenti del servizio Encrochat, riporta il seguente passaggio: *"Il BKA ha giustificato l'avvio di tale indagine spiegando che l'utilizzo del servizio EncroChat destava, in quanto tale, il sospetto della commissione di reati gravi, in particolare dell'organizzazione di un traffico di stupefacenti"*.

Ebbene, è noto che nel nostro ordinamento le intercettazioni utilizzabili a fini giudiziari possono essere autorizzate esclusivamente nel caso in cui siano necessarie per la prosecuzione di un'indagine che è originata sulla base di sufficienti/gravi indizi di reato. Un'indagine che muova dal presupposto che determinati comportamenti possano suscitare il sospetto della commissione di reati, in questo caso l'utilizzo di una piattaforma di messaggistica criptata, impone un'importante riflessione sulle intercettazioni preventive *ex art. 226 disp att. C.p.p.*, e quindi della distanza abissale tra la acquisizione indiscriminata o massiva o quella con delimitazione dell'oggetto. La prima appartiene al *genus* delle intercettazioni preventive, ed è approntata per la eventualità che uno qualsiasi degli utilizzatori di un sistema di comunicazioni riservate abbia commesso un delitto. Mentre è noto che nel nostro sistema le intercettazioni utilizzabili a fini giudiziari non possono essere impiegate alla ricerca di notizie di reato; esse seguono piuttosto alla acquisizione della notizia di reato e servono per proseguire una indagine lungo un percorso già tracciato.



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

A tal proposito, con la recente sentenza 23 Maggio 2024 che ha deciso il caso Contrada contro Italia (n.4), la CEDU ha stigmatizzato l'abuso dell'attività di intercettazione posta in essere nei confronti di soggetti terzi non indagati, per violazione del diritto alla vita privata (ricorso n.2507/19).

Confondere i due ben distinti ambiti esprime al tempo stesso una generale linea di tendenza che nel campo del diritto penale sostanziale si manifesta attraverso la anticipazione della soglia di rilevanza penale della condotta che, per voler rimanere all'argomento specifico, aprirebbe il campo alla attribuzione di disvalore penale al mero utilizzo di uno strumento potenzialmente utilizzabile per la commissione di reati, in violazione dei principi di materialità ed offensività del reato.

La questione, dunque, assume una particolare rilevanza che va oltre il caso concreto perché se dovesse confermarsi, una volta chiarita la natura intercettiva dell'attività di raccolta delle chat svolta in Francia, la tendenza a far prevalere l'interesse alla repressione anche di fronte alla dimensione inedita dello strumento intrusivo della libertà di comunicazione delle persone la stagione di EncroChat e SkyEcc darebbe la stura ad una deriva autoritaria in cui i diritti delle persone finirebbero per soccombere tutte le volte in cui il mero sospetto di una propensione deviante - *del singolo o di una intera categoria di soggetti nemmeno preventivamente determinabile* - dovesse essere rilevato dall'autorità. E lo stesso vale più in particolare per il sacrificio del diritto di difesa dell'indagato atteso che nel caso specifico delle chat criptate provenienti dalla Francia risulta essere totalmente svuotato atteso che, in ragione del segreto di Stato opposto dalle autorità francesi, si è versati in una condizione di sostanziale inaccessibilità ai dati grezzi delle conversazioni ed alla chiave di decrittazione.

Se si vuole arrestare il declino delle garanzie difensive, l'aspettativa è che **il legislatore intervenga mediante una specifica disciplina normativa costituzionalmente e convenzionalmente orientata**, affermando, tra l'altro, che non può ritenersi legittimo consentire, nel nostro ordinamento, l'intercettazione di un intero sistema informatico sulla base dell'art. 266 bis c.p.p. attraverso l'impiego del trojan come ha ritenuto, di recente, il Tribunale del Riesame di Reggio Calabria chiamato proprio a dirimere l'eccezione inutilizzabilità delle intercettazioni delle chat intercorse tra gli indagati sulla piattaforma SkyEcc.



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

TROJAN, UN'ARMA INCIVILE: LO STATUTO DEI REATI DEL TERZO BINARIO.

Occorre ricordare che sul fronte squisitamente processuale la L. 3/19 ha interpolato l'art. 266 c.p.p., segnando un passaggio importante nella estensione della portata operativa del captatore informatico. Analogamente può dirsi in relazione all'art. 267 c.p.p.

Ma il dato più vistoso della cosiddetta "lotta alla corruzione" è costituito dal processo osmotico con la battaglia ingaggiata dallo Stato contro il crimine organizzato: un interscambio di strumenti, istituti e persino universi figurativi che ora tocca i reati contro la pubblica amministrazione ma che ha già investito molte altre sfere della criminalità contemporanea, rendendo arduo cogliere il criterio selettivo e la coerenza criminologica di così tante assimilazioni a tutto tondo. Il modello emergenziale di tutela penale era in origine confinato alla battaglia intrapresa dallo Stato contro l'associazionismo di stampo mafioso ed i grandi traffici di sostanze stupefacenti. Il panorama penalistico odierno è permeato dalle pulsioni a replicare tale sottosistema repressivo anche per altre pratiche criminose, di minore offensività ma parimenti sistemiche. Della criminalità in contesto illecito organizzato si denunciava la particolare odiosità e pericolosità sociale, mentre della fenomenologia corruttiva si paventano effetti similmente nocivi per l'economia, la crescita culturale e sociale di una nazione, le istituzioni e i valori democratici e finanche la disgregazione dello stato di diritto.

E per l'effetto, ecco che avviene una sorta di sovrapposizione tra reati di criminalità organizzata e reati contro la pubblica amministrazione, anche in quello che è il tema relativo alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, da compiersi anche con quello strumento di devastante pervasività che è il captatore informatico.

Ecco che allora, anche per quasi tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a., affinché possano essere disposte intercettazioni e affinché sia consentito il ricorso al trojan gli indizi di reato non devono essere più "gravi" (come ordinariamente previsto nell'art. 267 c.p.p.) ma possono essere "sufficienti" e possono avvenire anche nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. senza la necessaria ricorrenza di fondati motivi di ritenere che negli stessi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la p.a. si è consentito sempre l'inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile (ex art. 266 co. 2 bis c.p.p.) e ciò anche senza la previa determinazione da



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

parte del giudice in sede di autorizzazione, dei luoghi e del tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono (art. 267 co. 1 terzo periodo c.p.p.).

Dal che discende che, in relazione all'utilizzo del trojan, i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione finiscono per avere un regime di applicabilità dello strumento intercettivo finanche più ampio rispetto a quello ordinariamente previsto per i reati di criminalità organizzata di cui all'art. 13 del dl 152/91 che non siano ricompresi tra quelli di cui all'art. 51 co. 3 bis e 3 quater c.p.p.

Il captatore informatico diviene strumento operativo comune a tutti gli effetti alla ricerca della prova in settori certamente differenti – criminalità organizzata, terrorismo e delitti contro la PA – anche se ritenuti ugualmente dal legislatore tali da giustificare un'attenzione prioritaria.

Nel corso di un'audizione al senato del 12 Gennaio 2023, l'Ing. Paolo Reale esperto di captatori informatici, ha affermato di non poter escludere che *“un domani un trojan possa anche alterare i contenuti degli ascolti”*. I trojan infatti, ha spiegato ai senatori, sono tanti e di diversi tipi poiché *“alcuni accendono e spengono il microfono e registrano. Altri accedono anche alla telecamera, possono scattare foto, fare un video, entrare nella messaggistica anche istantanea e nel gps”*: Altri ancora non solo possono *“ispezionare i contenuti ma anche i dati della navigazione su internet”*.

Reale non ci dice nulla di nuovo: tale mezzo di intercettazione consente, infatti, lo svolgimento di varie attività, quali, per citarne alcune che, diverse dalle intercettazioni di conversazioni, appaiono degne di nota: captare tutto il traffico dei dati in arrivo o in partenza dal dispositivo sul quale è stato telematicamente installato; perquisire l'*hard disk* e fare copia, totale o parziale, della memoria del sistema del dispositivo; mettere in funzione la web camera, permettendo di carpire le immagini; decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo.

Si tratta di potenzialità enormi che investono istituti giuridici diversi che meriterebbero diversa attenzione in relazione allo stato della normativa e allo sviluppo della prassi, non soltanto per ciò che riguarda le intercettazioni.

Ognuno vede come in tali casi è il concetto stesso di intercettazione considerato dalla disciplina positiva a non corrispondere alla realtà del fenomeno. In tali casi, infatti, più che di intercettazioni deve dirsi di ispezioni e di perquisizioni, con tutto ciò che consegue in punto di forme. Stando così le cose, i punti oscuri della disciplina del captatore informatico concernenti i controlli in relazione alle



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

potenzialità del mezzo sono soltanto in parte comuni a quelli relativi alle intercettazioni ambientali e alle videoriprese.

Gravissimi i *vulnus* che ne possono derivare. Al momento non ci sono procedure di tracciamento dei comandi di attivazione e disattivazione delle varie attività né delle diverse attività svolte: dalla registrazione delle conversazioni fino alla produzione di video, dall'acquisizione di foto a quella della geolocalizzazione e così via. Non ci sono regole che impongano una *disclosure* in merito agli aspetti fondamentali dell'utilizzo del captatore.

Di recente, durante un confronto tra il Dott. Santalucia e l'Avv. Petrelli, il nostro Presidente ha affermato che *“il trojan è uno strumento di invasività straordinaria, poco gestibile perché ha bisogno di sistemi così sofisticati che neppure il pubblico ministero, e tanto meno il giudice, riesce a controllare”*.

L'enorme pervasività dello strumento si riconnette alla enorme compressione dei diritti di difesa e le ipotesi correttive in campo non lasciano avere buoni presagi: fare ricorso a tecnologie come il blockchain per la registrazione delle operazioni compiute con trojan e sui server o, addirittura, all'Intelligenza Artificiale per individuare in tempo reale il momento giusto per attivare il “cavallo di troia” assume caratteri di allarmante gravità processuale, come già ritenuto nel 2021 dalla Commissione Europea che ha classificato ad alto rischio *“i sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti”*.

IL DOPPIO BINARIO PENITENZIARIO: “QUI IN ITALIA NOI FACCIAMO COSÌ”

Il sistema del c.d. “doppio binario”, nonostante fosse stato concepito quale strumento di repressione dei più gravi delitti di criminalità organizzata, ha modificato anche la fase esecutiva divenendo un meccanismo di sproporzionata limitazione delle libertà fondamentali dell'imputato.

Il riferimento va all'art. 4-bis, ord. Pen., la norma simbolo del doppio binario penitenziario, che istituisce un regime di preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari sulla base della presunta pericolosità sociale del condannato. Tale pericolosità, difatti, lo renderebbe immeritevole e incompatibile con un percorso rieducativo che si sviluppi attraverso misure esterne al carcere in ossequio ai dettami costituzionali sui principi di rieducazione della pena.



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

Nel sistema del doppio binario, al contrario, l'accesso ai benefici penitenziari non viene graduata sulla base di un giudizio in concreto e riferito a valutazioni oggettive circa l'attuale pericolosità del soggetto, bensì sul mero inserimento del delitto nel catalogo dei reati di grave allarme sociale.

Una classificazione tomistica di reati che ricorda la bolgia dantesca cui il condannato è destinato ad accedere data la gravezza del delitto considerata sulla base del volubile "sentire popolare" e delle pressioni mediatiche.

Tra i soggetti che non possono fruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario rientrano, tra l'altro, quelli condannati per il **reato di furto in abitazione** di cui all'art 624 *bis* C.p.: prevedendo un discrimine, ovvero un diverso trattamento, per i soggetti che seppur condannati a pena pari o inferiore a 4 anni, non rientranti nella categoria di reati "ostativi" di cui al citato articolo, possano ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione, diversamente dei soggetti condannati per i reati di cui al 4 *bis* Ord. Pen. che seppur astrattamente possono richiedere o ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione, tale facoltà gli viene preclusa.

Diversità di trattamento rileva ancor di più, ed in maniera pregnante, se si considera che molti degli elencati "reati ostanti" di cui all'art. 4 *bis* ord. Pen. permettono di ricorrere, nella fase cautelare, a misure gradate rispetto alla custodia cautelare in carcere. Ne sono un esempio i soggetti indagati di **reati di partecipazione ad un'associazione a delinquere finalizzata al traffico di sostanza stupefacente** od anche i **maltrattamenti aggravati** ai sensi dell'art. 572 c.p.p. e ancora i **reati di violenza sessuale**.

Ulteriori conseguenze e diversità di trattamento si pongono anche in ragione del riconoscimento della liberazione anticipata. Ne è un esempio un soggetto che, nonostante la possibilità di beneficiare, a seguito della prova di partecipazione all'opera di rieducazione, della detrazione di 45 giorni per ogni singolo semestre di pena scontata in fase cautelare il quale corrisponderebbe all'espiazione dell'intero periodo di pena a dover necessariamente, a seguito di ordine di carcerazione, fare ingresso presso l'istituto penitenziario al fine di avanzare richiesta di cui all'art 54 ord. pen. e vedersi riconosciuto l'intero periodo espiauto.

A ciò aggiungasi che l'ostatività della norma si riflette anche all'interno dell'istituto penitenziario poiché i soggetti condannati per tali reati "ostativi" non potrebbero neppure beneficiare della sezione attenuata, ovvero, rendendo pressoché



OSSERVATORIO DOPPIO BINARIO E GIUSTO PROCESSO

impossibile accedere ai permessi premi ed alle misure alternative attesi gli oneri probatori da assolvere a carico del detenuto; un'architettura penitenziaria, tuttavia, che "... la pur legittima e spesso necessaria attenzione alle esigenze preventive non può comunque essere perseguita fino al punto di annullare la vocazione rieducativa della pena espressamente consacrata dalla Costituzione" [sent. Corte Cost. 313/1990]. In evidente contrapposizione con tale principio v'è poi l'ulteriore aggravamento della posizione del condannato per i delitti in esame frutto dell'inserimento di una previsione normativa generale che, in deroga all'ormai pacifico criterio interpretativo dello "scioglimento del cumulo", consente che l'area di ostatività si estenda a reati "comuni", collegati attraverso un nesso teleologico ex art. 61, n. 2 c.p., riconosciuto dal giudice della cognizione o dell'esecuzione, ai delitti di c.d. "prima fascia", aprendo così le porte a un'estensione potenzialmente indeterminata, e soprattutto ingiustificata, del regime "ostativo" a fattispecie che, isolatamente considerate, non vi rientrerebbero.

"Abbiamo abolito la pena di morte ma consentiamo che ci sia la pena perpetua dell'ergastolo ostativo che è pena di morte viva; vogliamo impedire contatti fra "detenuti pericolosi" e l'esterno ma ad essi togliamo i più elementari diritti, qui in Italia noi facciamo così. Tutto sembra volgere verso l'abisso di un crescente degrado culturale dal quale ci salveremo solo riscoprendo le nostre radici che una volta il mondo intero ci invidiava ma che da tempo abbiamo rinnegato, qui in Italia noi facciamo così." (Riccardo Polidoro – Il discorso di Pericle ai giorni nostri – 10 Gennaio 2017)

RESPONSABILI

CESARE PLACANICA – MARIA TERESA ZAMPOGNA

DELEGATO DI GIUNTA

LUIGI MICELI

COMPONENTI OSSERVATORIO

Borretti Biagio – Branca Francesco – Bruno Giuseppe – Candido Bonaventura – Canossi Rosalba – Caruso Alfredo – D'Ettoris Gianfranco – Gai Cesare – Gareri Dario – Gigliotti Pietro – Lettieri Barbara – Maio Susanna – Mazza Giovanna – Micele Milena – Polimeni Natale – Rella Roberto – Seminara Giuseppe – Squillaci Ettore – Treggi Marco – Varone Fabio .

