

nalità, per effetto del quale "i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi". E dal principio di proporzionalità la *BVerfG* fa derivare diverse conseguenze, sottolineando soprattutto che la raccolta segreta di dati personali può estendersi dall'individuo oggetto dell'indagine a soggetti terzi soltanto in condizioni particolari e che occorre tutelare in maniera rigorosa il "nucleo della vita privata", adottando disposizioni di legge che elevino il livello di garanzia.

Si tratta perciò di un mezzo di ricerca della prova inammissibile che la nuova tecnologia non può imporre in spregio ai fondamentali diritti della persona.

## Il regime della captazione dei dati informatici nel diritto francese

DI PAUL LE FÈVRE

(AVVOCATO DEL FORO DI PARIGI)

La possibilità di utilizzare nel contesto di un'indagine penale il "captatore informatico" è stata introdotta dalla legge n 2011-267 del 14 marzo 2011.

Successivamente due leggi hanno ampliato la portata di questa disciplina (Legge n 2014-1353 del 13 novembre 2014 e legge n 2016-731 del 3 giugno 2016).

È difficile comprendere il regime giuridico applicabile a questo nuovo strumento investigativo senza avere a mente la specificità della procedura penale francese (ancora sistema inquisitorio) rispetto al sistema processuale penale italiano: la figura del giudice istruttore, che è stata abolita alla fine degli anni '80 in Italia, esiste ancora in Francia.

Il giudice istruttore è un magistrato indipendente incaricato di indagare sui fatti gravi e complessi (cioè essenzialmente i crimini e i reati economico-finanziari<sup>28</sup>).

Egli è dotato di poteri molto ampi, come ad esempio quello di disporre le intercettazioni.

Per gli altri reati, è presente il Procuratore della Repubblica – magistrato che dipende dal Ministro della Giustizia – che dirige l'inchiesta penale.

Contrariamente al Giudice Istruttore, il Procuratore della Repubblica non può eseguire atti che comprmano le libertà senza l'autorizzazione di una terza figura dell'ordinamento penale francese: il giudice della libertà e della detenzione (di seguito "JL").

Questo giudice è, come il giudice istruttore, un giudice indipendente. Tuttavia, a differenza del giudice, non indaga i fatti. Ha un ruolo di arbitro molto limitato.

<sup>28</sup> In Francia, le infrazioni sono divise in tre categorie che sono, in ordine di gravità crescente:

- Le contravvenzioni (fatti minori puniti con la sola ammenda)
- I delitti (atti come la violenza o il furto punibili con la reclusione fino a 10 anni);
- I crimini (la maggior parte dei reati gravi, come l'omicidio o stupro - la pena può andare fino all'ergastolo).

Così abbiamo in Francia due possibili tipologie di indagini penali condotte da ciascuno dei magistrati (Giudice Istruttore o Procuratore della Repubblica), con discipline molto diverse.

Fatte queste premesse di carattere comparatistico, l'acquisizione dei dati informatici è regolata dagli articoli 706-102-1 e seguenti del codice di procedura penale (di seguito "CPP").

Questi articoli sono contenuti nel titolo 25 del CPP dedicato alla criminalità e alla delinquenza organizzata.

Vi è infatti in Francia, a partire dalla legge n 2004-204 del 9 marzo 2004, una disciplina penale speciale prevista dagli articoli 706-73 e seguenti del CPP riservata ad alcuni crimini e delitti, commessi da bande organizzate, la cui lista diviene ogni anno più lunga.

Per questi reati, i poteri di indagine del Giudice o del Procuratore (a seconda dei casi) sono notevolmente rafforzati.

È solo ed unicamente nel quadro di questa procedura eccezionale e solamente per le infrazioni che a questa sono sottoposte che gli inquirenti, che agiscono agli ordini del Giudice Istruttore o del Procuratore della Repubblica, possono utilizzare un nuovo strumento di indagine che è definito come:

«Un dispositivo tecnico il cui scopo, senza il consenso degli interessati, è quello di accedere ovunque ai dati informatici, salvarli, conservarli e trasmetterli, così come sono memorizzati in un sistema informatico, come vengono visualizzati su uno schermo dall'utente di un sistema automatizzato di elaborazione dati, così come sono inseriti attraverso i caratteri o come sono ricevuti e trasmessi dai dispositivi audiovisivi.» (articoli 706-102-1 e 706-102-2 del CPP).

Se l'indagine è condotta da un Giudice Istruttore, egli può ordinare l'acquisizione dei dati informatici dopo aver chiesto il parere del Procuratore della Repubblica (la durata dell'operazione non può superare i quattro mesi rinnovabili entro il limite massimo di due anni).

Se, invece, l'indagine è condotta dal procuratore, egli deve richiedere l'autorizzazione preventiva da parte del JLD per eseguire un tale atto di indagine (la durata dell'operazione non può essere superiore a un mese, rinnovabile una sola volta).

Nella decisione di acquisire dati informatici deve essere specificato il reato che giustifica il ricorso a tale metodo, la posizione precisa o la descrizione dettagliata dei sistemi coinvolti e la durata dell'operazione.

Anche se si deve individuare il reato originale che giustifica l'installazione di questo sistema, l'articolo 706-102-4 del codice di procedura penale prevede che "il fatto che queste operazioni rivelino reati diversi da quelli indicati in queste decisioni non costituisce motivo di nullità del procedimento incidentale".

Questo dispositivo può essere installato dagli inquirenti in due modi:

Sul posto: il Procuratore della Repubblica, autorizzato dal JLD (o il Giudice Istruttore) può entrare nelle case o veicoli per collocare – senza che la persona interessata ne venga a conoscenza – lo strumento tecnico che consente l'acquisizione dei dati informatici.

A distanza: il dispositivo sarà installato in questo caso attraverso una rete di comunicazione elettronica.

Una volta installato, questo dispositivo tecnico permette agli inquirenti non solo di accedere ai dati informatici elencati sul sistema, ma ancor più di «registrarli» e di «conservarli» che corrisponde a procedere a una perquisizione e a un sequestro a distanza, senza che la persona interessata ne venga a conoscenza, senza essere soggetto alle stesse garanzie previste in materia di perquisizioni e di sequestri tradizionali.

La legge stabilisce tuttavia:

-È vietato collocare questo dispositivo negli uffici di avvocati e medici, in studi di notai e ufficiali giudiziari, negli uffici di giornalisti, giudici e parlamentari (articolo 706-102-5 comma 4, del CPP).

-"Ogni elemento relativo alla vita privata estraneo alle infrazioni indicate nella decisione del provvedimento che autorizza la misura non può essere mantenuto nel fascicolo del processo" (articolo 706-102-8 del CPP).

Il regime giuridico di questo nuovo dispositivo è sostanzialmente lo stesso previsto per le intercettazioni telefoniche tradizionali, con una differenza: le intercettazioni telefoniche possono essere effettuate per qual-

siasi reato punibile con almeno due anni di reclusione, mentre l'acquisizione di dati informatici può essere realizzata nel contesto del reato commesso da una banda organizzata ed esclusivamente per i reati elencati agli articoli 706-73 e 706-73-1 del CPP.

## L'utilizzo del captatore informatico "Trojan Horse" nella procedura penale portoghese

DI PAULO DE SÁ E CUNHA LEONOR CHASTRE  
(PARTNERS, CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, RL)

Come premessa a questa breve analisi circa l'ammissibilità dell'utilizzo del *Trojan horse*, come captatore informatico, all'interno della serie degli strumenti di indagine a disposizione di colui che dirige la fase delle indagini, il Pubblico Ministero (*Ministério Público*), dobbiamo marcatamente evidenziare l'inammissibilità di alcuni strumenti nell'Ordinamento giuridico portoghese.

La procedura penale portoghese prescrive la legalità della prova, ossia, l'ammissibilità della prova che non sia proibita dalla legge (Art. 125 del Codice di Procedura Penale portoghese). Pertanto, in aderenza a questo principio di legge, ogni prova ottenuta attraverso la tortura, la coercizione o la violenza all'integrità personale fisica e morale, l'intromissione nella sfera privata di un soggetto, nel domicilio, nella corrispondenza o nelle comunicazioni telefoniche, va considerata nulla ed inutilizzabile, in linea con i principi costituzionali portoghesi (Art. 126).

L'utilizzo del *Trojan horse* può sollevare alcune questioni circa la sua legalità e costituzionalità, poiché non corrisponde ad alcuno strumento di acquisizione della prova previsto dal Codice di Procedura Penale portoghese (ad esempio, registrazioni telefoniche, intercettazioni ambientali o sequestro della corrispondenza) e può essere considerato una intromissione nella vita privata, nella corrispondenza o nelle comunicazioni telefoniche.

Diversi altri diritti costituzionali potrebbero essere fortemente lesi se l'utilizzo del *Trojan* fosse permesso nelle fase delle indagini. Vale a dire: la sicurezza nei procedimenti penali; la libertà di espressione ed informazione; il diritto all'immagine; il diritto alla riservatezza (*privacy*); il diritto all'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza; il diritto di autodeterminazione ed alla comunicazione.

La Costituzione portoghese prevede espressamente (Art. 26, n. 1 e n. 2) che ad ognuno è riconosciuto il diritto all'identità personale, allo sviluppo della personalità, alle capacità civili, alla cittadinanza, al nome ed alla reputazione, all'immagine, alla libera espressione, alla protezione della riservatezza della vita propria e della propria famiglia ed alla protezione contro ogni forma di discriminazione. La legge deve stabilire effettive garanzie avverso l'acquisizione e l'utilizzo impropri di informazioni attinenti a persone e famiglie, nonché avverso la loro acquisizione o il loro utilizzo contrario alla dignità umana.

Una delle regole essenziali per l'interpretazione delle norme di rango primario è l'interpretazione costituzionalmente orientata, vale a dire, tra le varie opzioni ermeneutiche possibili bisogna prediligere l'interpretazione che sia maggiormente compatibile con i diritti fondamentali.

In caso di conflitto con i ben noti "diritti di libertà", questo metodo equivale al principio *in dubio pro libertate*.



# PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da  
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora



[www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it)

1

DUEMILASEDICI

settembre-ottobre

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,  
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,  
A. Lanzi, V. Maiello, V. Manes, A. Marandola, N. Mazzacuva,  
G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni

  
**Pacini  
Giuridica**