

QUESITI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi

Alcune prese di posizione della Corte costituzionale e della Corte di giustizia impongono un ripensamento sulle forme di acquisizione della messaggistica chat o e-mail. Una volta che le medesime sono ricondotte nel nucleo delle “conversazioni” non può prescindersi dall’esigenza di un provvedimento autorizzativo di natura giurisdizionale.

The acquisitive ways of chat or email messaging: towards respectful readings of the principles.

Some stances of the Constitutional Court and the Court of Justice impose a rethink on the acquisitive forms of chat or email messaging. Once they are brought back to the core of the “conversations” the need for an authorizing provision of jurisdictional nature cannot be disregarded.

SOMMARIO: 1. Prolegomena di metodo. - 2. Le forme operative per l’acquisizione della messaggistica chat o e-mail. - 3. Il tema tra sequestro, segretezza e riservatezza. - 4. Le prese di posizione della Corte di giustizia riguardo all’acquisizione dei dati esteriori delle conversazioni e loro esportabilità all’acquisizione delle stesse. - 5. L’attrazione delle conversazioni chat o e-mail nel presidio dell’art. 15 Cost.: il doveroso controllo giurisdizionale. - 6. Il conflitto interiore della Cassazione tra obblighi di osservanza ed esigenze di risultato. - 7. La necessaria individuazione del limite nomofilattico. - 8. Conclusioni: verso letture razionalmente orientate rispettose dei vincoli costituzionali e comunitari.

1. Prolegomena di metodo. Qualsiasi osservatore dei fenomeni processuali ha il dovere di confrontarsi con quelle diverse modulazioni di un istituto derivanti da prese di posizione non solo del diritto vivente, ma in particolare di fonti aventi valore cogente nell’ordinamento interno. L’obbligo menzionato risulta ancor più doveroso se riferito agli “operatori” che con la propria attività incidono sulla realtà concreta dei diritti individuali. In tali contesti, a fronte di un mutato quadro di disciplina, occorre saper vincere le resistenze che producono “arroccamenti” verso approcci interpretativi consolidati. Si realizza, così, un vizio di metodo che inevitabilmente si sconta sul risultato. Il momento della interpretazione, infatti, si discosta dal contenuto precettivo della norma ed anzi ad essa viene sostituita l’esegesi che, negli anni, della medesima è stata proposta¹. Emerge, in tale contesto, la subdola incapacità di liberarsi delle proprie convinzioni che spesso conduce ad un’alterazione del lavoro ermeneutico. In questo modo, però, l’interpretazione della norma è affidata

¹ In tal modo la base ermeneutica non è più il dato di legge ma l’interpretazione che della precedente normativa era stata fornita dalla giurisprudenza. Questa prende il posto dell’enunciato normativo e su di essa si ragiona come se costituisse il comando giuridico a cui si deve osservanza. Così facendo, però, si apre la via a momenti di expansionismo giurisprudenziale che si autoalimentano proprio sui “precedenti” che, nella specifica materia, sono stati oggetto di decisione. Ma tutto ciò devia da un modello di legalità che impone la primazia della legge sull’interpretazione del giudice.

ad un pericoloso soggettivismo². E, sul punto, non deve sfuggire come l'elaborazione concettuale consenta, in ogni caso, di rispettare un'ineccepibile coerenza formale del ragionamento impiegato. Lo sbocco naturale di tale metodo di indagine è l'estrema incertezza del risultato, con ovvie conseguenze anche in tema di prevedibilità in ordine alla liceità o meno di certe condotte. Proprio tale rilievo deve indurre a prestare attenzione, dovendosi prendere sempre e comunque le mosse dalla previsione normativa. Infatti, si può assicurare un corretto metodo interpretativo diretto a scoprire il significato della disposizione di legge solo se l'elaborazione concettuale resta aderente al contenuto della stessa. Quando, viceversa, attraverso progressive astrazioni generalizzate ci si allontana dalle proposizioni normative si "diluisce", sino ad eliminarlo, il comando precettivo della norma, ad esso si sostituisce il postulato dogmatico ed allora ogni conclusione diviene possibile purché si garantisca un rispetto dei canoni della logica formale³. In tale modo, però, il momento interpretativo perde la sua neutralità e rischia di risultare inquinato dai "giudizi di valore legislativi" anche quando il prodotto normativo non li esprime. Tutto ciò provoca una violazione del principio di legalità. Questo, del resto, non comporta solo l'esigenza di una espressa previsione di legge ma impone metodi di "stretta interpretazione". In altre parole, il principio di legalità coinvolge non solo la legge ma anche l'esegesi della stessa. Se ciò non avviene ci si discosta dal dovere di cogliere⁴ il "segno normativo"⁵ e si "resiste" alla diversa indicazione giuridica attraverso un percorso di astrazioni generalizzate che progressivamente scoloriscono il contenuto oggettivo del comando esplicitato

² In tal senso sul tema cfr. volendo DINACCI, *I valori della Costituzione a presidio dell'esigenza di certezza e "prevedibilità"* (*La difficoltà di una corretta esegesi tra nova fenomenici, ordinamento "liquido" e norme diluite*), in *questa Rivista*, 2022, 2, 6.

³ Sull'argomento di metodo interpretativo v. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale*, in *Riv. it.*, 1950, 582; negli stessi termini MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 56.

⁴ Deve rilevarsi come l'interprete sia chiamato a "scoprire" il significato della norma e non ad attribuirgliene uno attraverso elaborazioni concettuali che allontanano dal testo da interpretare. Ciò non significa che l'esegeta non debba fare uso delle medesime, anzi, ma non può strumentalizzarle per allontanarsi dal contenuto normativo e far dire alla disposizione ciò che non dice.

⁵ Come correttamente rilevato l'attività dell'interprete si esaurisce nella conoscenza e nella descrizione delle norme giuridiche. In tal senso BOBBIO, *Sul positivismo giuridico*, in *Riv. fil.*, 1961, p. 16. In altre parole, una corretta opera esegetica deve caratterizzarsi per la sua "neutralità" che deve condurre ad un'attività di conoscenza e descrizione della norma per quello che essa è. Di qui l'esigenza di procedere ad una mera "ricognizione" e, anche quando la stessa potrebbe condurre ad una pluralità di soluzioni, l'interprete non può abbandonarsi a momenti di "costruzione" del significato normativo il quale, anche se oscuro, deve comunque essere scoperto alla luce delle linee di sistema e dei valori costituzionali.

dalle disposizioni di legge. È intuibile come una simile attività eluda l'osservanza dell'enunciato normativo; e ciò, a prescindere dalle inevitabili frizioni con il principio di legalità processuale presidiato a livello costituzionale, espone l'individuo a decisioni, qualunque esse siano, non sostenute da un sistema legale.

La situazione è foriera di pronunce contrastanti che si risolvono in una violazione del principio di uguaglianza processuale che conduce a quel diritto del caso singolo, veicolo primario di un «uso alternativo del diritto»⁶. Si tratta, all'evidenza, di un rischio non accettabile, soprattutto nella misura in cui la materia “controversa” attiene a conclamati profili di tutela costituzionale. La circostanza rileva ulteriormente se si è consapevoli che il percorso interpretativo deve necessariamente esprimersi nei confini dei valori costituzionali ed anzi questi ultimi fungono da riferimento individuatore del contenuto della norma ogni qualvolta dalla medesima non è possibile ricavare un significato univoco.

2. *Le forme operative per l'acquisizione della messaggistica chat o e-mail.*

Quanto sin qui rappresentato assume particolare attualità con riferimento all'inquadramento giuridico delle conversazioni via chat o e-mail. L'argomento è stato nel tempo ampiamente dibattuto con risultati non sempre univoci in ordine ai modi acquisitivi dei contenuti della messaggistica in questione. Situazione, questa, che orienta l'analisi verso spunti di “comparazione interna” tesi a valutare il percorso giurisprudenziale e gli approdi che, fino alla emissione di recenti sentenze della Corte costituzionale⁷ e della Corte di giustizia⁸, sono stati ritenuti “intoccabili”.

Il tema dei modi acquisitivi della messaggistica in discorso, diversamente da quanto spesso viene affermato, non sempre è stato deciso uniformemente dalla giurisprudenza.

In un primo momento la più alta composizione nomofilattica, facendo leva sul contenuto dell'art. 266-*bis* c.p.p. laddove consente «l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi», ha rilevato come l'introduzione di quella disposi-

⁶ L'espressione è di VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e giust.*, 1978, 248.

⁷ Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170.

⁸ Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*.

zione fosse diretta a completare il quadro di tutela auspicato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 81 del 1993 quanto a «presupposti, condizioni e modalità di acquisizione anche di dati esterni alle comunicazioni telefoniche»⁹.

In linea con tale interpretazione, a fronte del consolidamento di una giurisprudenza di segno contrario¹⁰, la Corte di Cassazione, pur consapevole dei diversi orientamenti, ha riaffermato il principio secondo cui «i messaggi di posta elettronica, già ricevuti o spediti dall'indagato e conservati nelle rispettive caselle di posta in entrata e in uscita, costituisce attività di intercettazione sottoposta alla disciplina di cui agli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p. indipendentemente dal sistema intrusivo adottato dagli inquirenti» e cioè tanto nella ipotesi che il dato fosse acquisito tramite accesso diretto al computer quanto nella diversa evenienza dell'inserimento di un programma spia¹¹. Con tale decisione l'organo nomofilattico riteneva che anche con riferimento ai messaggi di posta elettronica non colti in itinere dovesse farsi ricorso alle garanzie proprie delle intercettazioni; in sostanza, si contestava quell'orientamento secondo cui il ricorso alla disciplina delle intercettazioni non era necessario laddove il dato acquisito nelle conversazioni chat o e-mail fosse già stato ricevuto o inviato, così sostanziando l'elemento differenziatore dei modi acquisitivi nel dato temporale a seconda che il messaggio fosse nella fase dinamica dell'inoltro o in quella statica dell'avvenuta ricezione o spedizione¹².

Tuttavia, deve segnalarsi come, pur assumendo tale interpretazione un consistente consolidamento, rimanevano perplessità nel momento operativo. In alcuni casi si individuava lo strumento del sequestro di corrispondenza¹³ e in altri il veicolo del sequestro ordinario che postulava la considerazione del messaggio nella fase statica quale elemento documentale¹⁴.

L'indirizzo interpretativo trovava maggiore forza espansiva alla luce delle previsioni della perquisizione e del sequestro informatico di cui agli artt. 247

⁹ Così Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Foro it.*, 1999, 87; Id., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2595, 1419.

¹⁰ Tra le tante cfr. Cass., Sez. III, 25 novembre 2015, n. 928, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3366.

¹¹ Così Cass., sez. VI, 28 giugno 2016, Rv. 40903.

¹² L'orientamento è ormai da ritenersi assolutamente costante. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. V, 28 maggio 2019, n. 28269, in *Cass. pen.*, 2020, 2, 734; Id., Sez. V, 6 gennaio 2018, n. 1822, in *Foro it.*, 4, 252.

¹³ Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, in *Cass. pen.*, 2013, 955.

¹⁴ Cass., Sez. I, 23 aprile 2014, Attanasio, Rv. 262303.

comma 1 *bis* e 254 *bis* c.p.p.¹⁵. Ma anche tale conclusione non può assumere portata generale perché deve confrontarsi con alcune specificità delle comunicazioni elettroniche. Si pensi al ritardo della consegna del messaggio dal server del mittente a quello del destinatario¹⁶, ovvero all'evenienza in cui il destinatario del messaggio proceda alla relativa lettura a distanza di giorni¹⁷. In tali ipotesi, il messaggio non può considerarsi "ricevuto" con intuibili conseguenze avuto riguardo alla necessità di ricorrere al modo acquisitivo dell'intercettazione.

Nella medesima direzione si pone il caso della captazione della comunicazione tramite duplicazione dell'account realizzata mediante la clonazione di posta elettronica¹⁸. Ulteriori problematiche, poi, sono sorte in ordine all'acquisizione di messaggi di posta elettronica collocati nella cartella bozze e mai inviati al destinatario. In tali ipotesi, in sede giurisprudenziale, da un lato, si è ricondotta la fattispecie nello schema delle intercettazioni telematiche ritenuta evocabile anche in assenza del trasferimento del messaggio tramite l'invio¹⁹ e, dall'altro lato, si è viceversa ritenuto potesse operare lo schema giuridico del sequestro dei dati informatici²⁰ sulla semplice considerazione che la natura del dato informatico quale *res* è ricavabile a prescindere dal supporto che lo contiene.

Emerge un quadro casistico estremamente variegato suscettibile di ulteriori distinzioni generate dalle specificità della natura tecnico-informatica a cui le regole del diritto devono adeguarsi²¹.

¹⁵ Sul tema cfr. FELICIONI, *L'acquisizione di contenuti e-mail e delle chat whatsapp tra intercettazioni e sequestro*, in *Riv. Guardia di Fin.*, 2019, 6, 1582; MANCUSO, *L'acquisizione dei contenuti mail*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati Torino, 2019, 497-534.

¹⁶ Sull'argomento v. ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. proc.*, 2009, 134.

¹⁷ Per una completa panoramica sull'argomento si rimanda a FELICIONI, *L'acquisizione di contenuti e-mail e delle chat whatsapp tra intercettazioni e sequestro*, cit., 1582-1583.

¹⁸ Così CUOMO, *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Luparia, Canzio, Padova, 2018, p. 705; PADUA, *L'accesso alla casella e-mail e l'acquisizione dei contenuti: un delicato inquadramento normativo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 3, 590.

¹⁹ Così Cass., Sez. III, 14 febbraio 2005, Palamara, Rv. 231591. Sul tema cfr. PARLATO, *Problemi insoliti: le perquisizioni online*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2018, 310.

²⁰ In tal senso Cass., Sez. un., 7 settembre 2017, Andreucci, n. 40963, in *Foro it.*, 2018, 1, 1.

²¹ In particolare, facendosi leva sulla caratteristica atemporale che connota le conversazioni elettroniche, si è proposto un diverso criterio di selezione basato sulla modalità occulta o palese con cui si realizza in concreto la ricerca della prova informatica. Nella prima ipotesi si verterebbe nell'intercettazione telematica; nella seconda evenienza, invece, nel sequestro. In tal senso, cfr. PITTIRUTI, *Profili processuali della*

3. *Il tema tra sequestro, segretezza e riservatezza.* A prescindere dalla rappresentata difficoltà del diritto ad includere con certezza fenomeni e casistiche dei messaggi elettronici in quello o in quell'altro schema giuridico, quel che emerge è che la predilezione della forma acquisitiva del sequestro orienta verso schemi meno garantiti. Basti pensare che se in quella sede è imposto un dovere di motivazione tale da rendere conto delle ragioni che giustificano in concreto la necessità dell'acquisizione del dato²², è anche vero che, al di là delle quotidiane distorsioni operative, tale obbligo di motivazione è assai distante da quello, decisamente più incisivo, contemplato per i limiti apportabili alla libertà e segretezza delle comunicazioni. Si manifesta in tal modo un'attività investigativa sganciata da concreti confini operativi, che assume una disinvoltura di forme del tutto incompatibile con il precetto dell'art. 15 Cost., ritenuto applicabile nello specifico settore dalla stessa Corte costituzionale²³. Di qui il rischio di una deriva "esplorativa" del potere ablatorio di un dato di natura comunicativa.

Del resto, non occorre dimenticare che affidando il momento acquisitivo al sequestro ci si trova di fronte ad un potere investigativo svincolato da una previsione dei reati in ordine a cui è esperibile. E la circostanza non appare di poco rilievo nella misura in cui si discute, comunque, di conversazioni in relazione alle quali, se non si vuole riconoscere il carattere di segretezza, è certamente da rinvenirsi quello della riservatezza. E non a caso la stessa Consulta non solo ha qualificato come fondamentale il diritto in questione, ma ha riconosciuto al medesimo rango pariordinato a quello del diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni²⁴. Il fondamento costituzionale di tale conclusione è rinvenibile nell'art. 2 Cost. inquadrata quale fattispecie aperta idonea

prova informatica, in *Incontri ravvicinati con la prova penale*, a cura di Marafioti, Paolozzi, Torino, 2014, 59.

²² Cfr. Cass., Sez. un., 13 febbraio 2014, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, 1913.

²³ Cfr. Corte cost., 26 febbraio 1993 n. 81; Corte cost., 7 luglio 1998, n. 281; Corte cost., 26 maggio 2010, n. 188; da ultimo cfr. Corte cost., n. 170 del 2023, cit.

²⁴ V. Corte cost., 22 aprile 2009, n. 173. Tuttavia, occorre rilevare, come correttamente segnalato, che la prima affermazione del rango costituzionale della riservatezza collocata tra i diritti inviolabili dell'uomo è rinvenibile nella sentenza del Giudice delle leggi n. 38 del 1973 (consultabile su www.giurcost.org) che ha superato l'impostazione che identificava la tutela delle vicende personali con quella del domicilio. Così GAITO - FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 368.

ad includere i diritti della personalità²⁵. Tuttavia, tale disposizione, a differenza di quanto avviene nell'art. 15 Cost., non pone limiti alle forme e ai modi di intrusione investigativa. Sul punto partendosi dall'art. 8 CEDU²⁶ laddove ribadisce il diritto di ogni persona al rispetto della vita privata e familiare²⁷, la Corte europea ha chiarito la nozione di corrispondenza ritenuta riconducibile a qualsiasi forma di comunicazione scritta, orale e informatica²⁸. Già nella consapevolezza di tale realtà giuridica²⁹ non sarebbe giustificabile un abbassamento di tutele rispetto ai parametri di compatibilità dell'art. 15 Cost.³⁰.

4. *Le prese di posizione della Corte di giustizia riguardo all'acquisizione dei dati esteriori delle conversazioni e loro esportabilità all'acquisizione delle stesse.* Tale realtà sembra sia stata colta da quella giurisprudenza della Corte di giustizia che, nel corso del tempo e a più riprese, ha ritenuto non conforme al diritto eurounitario la possibilità di acquisire i tabulati telefonici senza che

²⁵ Sul tema si rimanda a FELICIONI, *L'acquisizione dei contenuti e-mail e delle chat whatsapp tra intercettazioni e sequestro*, cit., 1574.

²⁶ Occorre rimarcare come l'art. 8 CEDU abbia cura di individuare i presupposti legittimanti l'ingerenza pubblica nel diritto alla vita privata e nella corrispondenza. Come si evince dal par. 2 della disposizione in discorso, le intrusioni dell'autorità sono consentite in presenza di un'espressa previsione legislativa giustificata dal perseguimento di attività legittime contemplate espressamente dalla norma. A tali requisiti si aggiunge anche quello di una valutazione in ordine a quanto sia "proporzionata" la limitazione del diritto individuale rispetto alla legittima finalità che si intende perseguire. E ciò tanto con riferimento ad interessi generali di natura statale quando avuto riguardo alla tutela dei diritti altrui.

²⁷ Si è posto in evidenza come, rispetto all'art. 8 CEDU, l'analoga formulazione dell'art. 7 CDFUE non indichi i presupposti legittimanti l'ingerenza nella sfera di riservatezza della persona. Tuttavia si è rilevato come i requisiti di cui all'art. 8 par. 2 della CEDU risultino operativi in ragione della clausola di corrispondenza delle disposizioni sovranazionali (v. art. 52 CDFUE). In tal senso BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 151.

²⁸ V. Corte EDU, 12 aprile 1977, *Bruggemann e Scheuten c. Germania*. In particolare occorre segnalare l'esattezza dell'intuizione secondo cui si delinea un nuovo ambito di riservatezza collegabile alla forte incidenza del potere informatico sul diritto e sulla società. Così, SANTORO, *L'evoluzione della nozione di domicilio: tra esigenze di tutela dell'inviolabilità e nuove frontiere tecnologiche*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 245.

²⁹ Correttamente è stato sottolineato che «il diritto alla riservatezza informatica è riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 Cost., 8 CEDU, 7 e 52 CDFUE (64) dai quali si trae un modello di garanzie pari a quello delineato dagli artt. 13-15 Cost. con riferimento ai diritti di libertà classici». Così FELICIONI, *L'acquisizione dei contenuti e-mail e delle chat whatsapp tra intercettazioni e sequestro*, cit., 1575.

³⁰ Sul punto non è mancato chi ritiene di poter ricavare dall'art. 2 Cost. un diritto fondamentale all'uso di tecnologie informatiche precisando che in conseguenza di ciò un diritto fondamentale possa essere limitato solo nel rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione sempre in ossequio al principio di proporzionalità. In tale senso v. JOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 338.

quell'attività sia sottoposta ad un «previo controllo effettuato da un giudice»³¹. Più precisamente, proprio con riferimento a tale operazione di verifica, si rappresenta il bisogno di indirizzare l'attività investigativa non a tutti coloro che fanno uso di mezzi di comunicazione elettronica, ma solo avuto riguardo a quei soggetti che si pongano in relazione, sia pure indiretta, con il tema dell'indagine penale. In sostanza, la Corte di giustizia non fa altro che pretendere quelle previsioni dei “casi” e dei “modi” di acquisizione dei tabulati imposti dal comando costituzionale degli artt. 14 e 15 Cost., nonché dalla stessa giurisprudenza della Corte europea³². Non è casuale, infatti, che la Corte “comunitaria”, ponendo l'accento sull'indispensabilità di individuare i reati in ordine ai quali risulti assentibile l'acquisizione del tabulato, previo controllo preventivo del giudice, sembra abbracciare la tesi secondo cui l'acquisizione dei tabulati telefonici sia attratta nella disciplina della segretezza delle comunicazioni³³ e comunque non sia sussumibile nello schema giuridico della prova documentale. E ciò tanto più ove si consideri che si disquisisce su un diritto fondamentale che impone il rispetto del principio di proporzionalità richiamato dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che preclude la limitazione di un diritto oltre quanto strettamente necessario. E, se non è dubbio che la finalità d'indagine possa comportare la necessità di contrazione di un diritto inviolabile, non può sottacersi che qui viene in rilievo il modo di tale limitazione. Dal momento in cui l'acquisizione del tabulato incide su dati di comunicazione e di ubicazione, non può consentirsi l'acquisizione di quell'elemento conoscitivo al di fuori della garanzia della riserva di legge e giurisdizione³⁴.

³¹ Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 08 aprile 2014, *Digital Rights Ireland LTD e Kartner Landesregierung, Michel Seitlinger, Christof Tschall e altri*.

³² Cfr., ancora, Corte EDU, Gran Camera, 16 febbraio 2000, *Annam c. Svizzera*; Corte EDU, Gran Camera, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*; Corte EDU, Gran Camera, 8 febbraio 2018, *Ben Faïza c. Francia*.

³³ Già in questa direzione, pur non pervenendo a coerenti conclusioni, cfr. Corte cost., n. 81 del 1993, cit.; Corte cost., n. 281 del 1998, cit.; Corte cost., 6 novembre 2006, n. 372; Corte cost., 19 novembre 2007, n. 390; Corte cost., 10 marzo 2010, n. 110; Corte cost., n. 188 del 2010, cit.

³⁴ Con riferimento ai contenuti dei principi di leale collaborazione e proporzionalità, cfr. Corte giust., UE, Grande sezione, 1 ottobre 2019, *Parlamento v. Consiglio*; Corte giust. UE, Grande sezione, 27 febbraio 2007, *Gestoras pro Amnistia*; Corte giust. UE, Grande sezione, 6 ottobre 2009, *Dominic Wolzending*; Corte giust. UE, Grande sezione, 18 novembre 2008, *Forster*; Corte giust. UE, Grande sezione, 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department contro Tom Watson e altri*.

In tale prospettiva la Corte di giustizia rimarcava anche la necessità di limitare tale accesso alle forme gravi di criminalità³⁵.

L'obiettivo era quello di colmare il segnalato *deficit* di tutela costituzionale individuando i casi e i modi di acquisizione dei tabulati. Non pare controversibile come i principi enunciati dalla Corte di giustizia si caratterizzino per la loro immediata precettività nell'ordinamento interno con obbligo del giudice di disapplicare la disposizione normativa in contrasto con la disciplina comunitaria³⁶. Soluzione, questa, condivisa dalla stessa Corte costituzionale laddove ha precisato che «per consolidata giurisprudenza (si vedano, in particolare, le sentenze n. 113/1985 e n. 389/1989), le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni»³⁷ e, in quanto tali, si inseriscono in quella sede «con il valore di *jus superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice *a quo*»³⁸. Conclusione interpretativa accolta anche dall'organo nomofilattico il quale ha avuto modo di evidenziare che «quanto ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, è pacifico che il primo sia fonte produttiva di norme immediatamente efficaci e vincolanti all'interno degli Stati aderenti: nelle materie riservate alla norma-

³⁵ In una linea di tendenza simile con riferimento all'esigenza di giustificare l'intrusione solo per gravi reati cfr. Corte giust. UE, Sez. I, 7 settembre 2023, *A.G. c. Lituania*, Corte giust., Grande sezione, 2 ottobre 2018, *Ministero Fiscal*, dove oltre al fattore della gravità del reato si richiede di valutare anche quello della gravità dell'intrusione. Per una ricostruzione delle prese di posizione europee cfr. G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sistema penale*, 31 maggio 2021, 9.

³⁶ Così, Corte giust. UE, Grande sezione, 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*. In dottrina cfr., *ex multis*, IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. pen.*, 2014, 808; COLOMBO, «Data retention» e *Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, 2705; R. FLOR, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, 178. Con riferimento al caso specifico relativo all'acquisizione dei tabulati in senso contrario v. SIGNORATO, *Indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 193, dove si afferma che «appare preferibile che la soluzione vada semmai ricercata in una eventuale declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 132 del Codice Privacy, per contrasto con l'art. 117 Cost. rispetto agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 8 CEDU».

³⁷ Cfr. Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227; negli stessi termini Corte cost., 7 marzo 1990, n. 132; Corte cost., 4 luglio 1989, n. 389. Più di recente, Corte cost., 6 marzo 2019, n. 117.

³⁸ Così, Corte cost., 21 ottobre 2021, n. 217; Corte cost., 13 luglio 2005, n. 268. Negli stessi termini, cfr. Corte cost., 16 aprile 1985, n. 111; Id., 3 luglio 1989, n. 385.

zione della Comunità europea, il g.o. deve applicare direttamente la norma, la quale prevale sulla legge nazionale incompatibile, anteriore o successiva [...]. Tale principio deve essere rispettato non soltanto ove si tratti di disciplina prodotta dagli organi della Comunità mediante regolamento, ma anche di istituzioni risultanti da sentenze interpretative della Corte di giustizia»³⁹. E sul punto, non pare dubitabile che si sia in presenza di provvedimenti che, nella misura in cui dettano dei parametri minimi di legittimità per l'acquisizione dei tabulati telefonici, costituiscono un momento interpretativo diretto ad indicare i requisiti di disciplina che, in tal modo, vengono enunciati per via esegetica⁴⁰.

Occorre tuttavia constatare come, nonostante la chiarezza dei *dicta*, il silenzio del legislatore sia stato di ausilio ad una loro sostanziale disapplicazione in sede operativa. Tuttavia, un punto non sembrava discutibile: la Corte di giustizia, enunciando specifici presupposti di incompatibilità di disciplina con la prova documentale, imponeva l'introduzione di un provvedimento legislativo per evitare di dover constatare un vuoto normativo che conduce alla preclusione dell'operatività dello strumento acquisitivo del tabulato. Questa è, a ben vedere, l'automatica conseguenza dell'obbligo europeo di rispettare, in materia, una riserva di legge. Ne deriva che in mancanza di una specifica previsione normativa, se non disciplinato l'atto non può essere realizzato⁴¹.

³⁹ Così, Cass., sez. III, 7 maggio 2009, I., in *Cass. pen.*, 2010, 4405. Negli stessi termini, cfr. Cass., Sez. III, 28 gennaio 2010, D., Rv. 246252; Id., sez. VII, 6 marzo 2008, B., *ivi*, Rv. 239958; Cass. civ., sez. trib., 11 dicembre 2012, *Curti c. Agenzia entrate*, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 12, 1397.

⁴⁰ Singolare è che, in sede operativa, non potendosi negare il contrasto tra norma interna ed obbligo comunitario, si sia affermato che l'invalidità della direttiva comunitaria «cui la legislazione interna aveva dato attuazione può solo imporre al legislatore dell'Unione (e agli Stati membri in seconda battuta) di dettare una nuova disciplina in materia, rispettosa della necessità di più stringenti condizioni per la conservazione, l'accesso ai dati e il loro utilizzo» (così, Corte App. Milano, sez. II, 18 luglio 2014, n. 970). Al di là di ogni considerazione sulla primazia del diritto comunitario, anche a voler seguire l'interpretazione sostenuta, diretta a privare il diritto dell'Unione del suo carattere cogente per gli Stati aderenti, non può negarsi un obbligo di interpretazione conforme, che avrebbe dovuto indurre a sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'allora vigente art. 132 del Codice Privacy e dell'art. 254 *bis* c.p.p. attraverso il richiamo alla norma interposta di cui all'art. 117 Cost. In genere, sul tema della gerarchia delle fonti con riferimento ad obblighi sovranazionali, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

⁴¹ In linea con tali considerazioni sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'acquisizione di tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. e giust.*, 2022, 310. Ogni diversa soluzione che sul piano normativo dovesse essere ravvisata non può che condurre ad un incidente di costituzionalità, posto che «il giudice nazionale e, prima ancora, l'amministrazione hanno il

Il tema è stato ulteriormente precisato da quella decisione la quale, sempre in tema di tabulati, ha affermato che «confligge con la disciplina comunitaria l'ipotesi di una normativa nazionale che renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico telefonico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale»⁴².

In sostanza si ribadisce la necessità che il settore sia affidato ad un organo terzo e, per dissipare ogni equivoco terminologico, si è precisato che tale non può essere considerato l'organo coinvolto nella conduzione delle indagini penali⁴³. Sicché una legislazione che autorizzi momenti acquisitivi dei dati esteriori delle comunicazioni al Pubblico ministero si porrebbe in contrasto con il comando comunitario. E se l'organo di accusa non può acquisire i dati esteriori delle comunicazioni, nella misura in cui il più contiene il meno non può immaginarsi che possa acquisire le comunicazioni stesse. Del resto, non va sottovalutato come la Grande camera della Corte di giustizia abbia ricordato l'esigenza di rispetto del principio di effettività. In forza di quest'ultimo, le «norme nazionali relative all'ammissibilità e all'utilizzazione delle informazioni e degli elementi di prova hanno come obiettivo, in virtù delle scelte operate dal diritto nazionale, di evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo arrechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di aver commesso dei reati». Tale obiettivo, precisa la pronuncia, può essere «raggiunto non solo mediante un divieto di utilizzare» informazioni ed elementi di prova, ma anche attraverso norme e prassi nazionali che «disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova o addirittura tenendo conto del loro carattere illegittimo in sede di de-

potere-dovere di dare immediata applicazione alle norme della UE provviste di effetto diretto, con i soli limiti derivanti dai principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona, nel cui ambito resta ferma la possibilità del controllo di costituzionalità» (cfr., Corte cost., 19 novembre 2012, n. 264; Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80; Corte cost., 4 ottobre 2010, n. 288).

⁴² Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit. Decisione richiamata anche dalla recente pronuncia della Corte di giustizia del 7 settembre 2023 nella causa *A.G. c. Lituania*, cit., laddove si è ritenuto incompatibile con l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58 «a che dati personali relativi a comunicazioni elettroniche che sono stati conservati, in applicazione di una misura legislativa adottata ai sensi di tale disposizione, dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica e che sono stati successivamente messi a disposizione, in applicazione della medesima misura, delle autorità competenti ai fini di lotta alla criminalità grave possano essere utilizzati nell'ambito di indagini per condotte illecite di natura corruttiva».

⁴³ Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit., §§ 54-55.

terminazione delle pene»⁴⁴. Si è al cospetto dell'esplicita enunciazione di un'inutilizzabilità di derivazione comunitaria⁴⁵ che, all'evidenza, si affianca a quelle scaturenti dalla violazione dei principi costituzionali⁴⁶. Non a caso la sentenza in discorso, dopo aver ribadito la «necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione», evidenzia come l'utilizzo di dati conoscitivi così acquisiti si rifletta in termini di violazione del principio del contraddittorio e del processo equo. In particolare, *expressis verbis*, si riconosce che una parte «non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito ad un mezzo di prova rientrante in una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti». Di qui la violazione del processo equo; violazione che può essere esclusa solo attraverso il «divieto d'uso» di quel materiale conoscitivo. Ed infatti perentoriamente si conclude affermando che il «principio di effettività impone al giudice penale nazionale di escludere informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico [...] e all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione»⁴⁷.

Qui occorre ancora ribadire come il principio espresso a tutela dei dati esteriori delle comunicazioni necessariamente ed ancora di più deve ritenersi ap-

⁴⁴ Così Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit.; Corte giust. UE, Grande sezione, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e altri c. Premier ministre e altri*.

⁴⁵ Sul tema cfr. anche MARCOLINI, *Le indagini atipiche nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 775.

⁴⁶ Come noto l'enucleazione della c.d. prova incostituzionale è espressione dell'emergere della crisi della legalità processuale nell'ambito di un *corpus* normativo in cui la legalità processuale veniva affidata ad evanescenti sanzioni di nullità. L'insufficienza della capacità reattiva dell'ordinamento ha indotto ad introdurre profili sanzionatori non disciplinati. In tale prospettiva di adeguamento si è inserita la Corte costituzionale dapprima con la decisione n. 175 del 1970 e poi in termini più decisi con la n. 34 del 1973 (entrambe consultabili su www.giurcost.org), dove ha affermato che «le attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito». A tale principio si è adeguato anche l'organo nomofilattico che nella più alta composizione, dopo aver riconosciuto che l'art. 191 c.p.p. si applica anche alle prove incostituzionali perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, ha precisato come tali prove risultino colpite dal divieto d'uso «a prescindere dal fatto che la legge contenga divieti espliciti al loro impiego nel procedimento». Così Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, cit.; negli stessi termini Id., Sez. un., 21 febbraio 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 1763; Id., Sez. un., 24 settembre 1998, Gerina, *ivi*, 1998, 1951; Id., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139.

⁴⁷ Così ancora Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit.

plicabile al contenuto delle comunicazioni. In caso contrario si introdurrebbe un vizio di razionalità in ragione del fatto che risulterebbe presidiata da maggiori tutele la situazione giuridica che meno dell'altra incide sui diritti alla segretezza e riservatezza delle conversazioni. Il contesto esporrebbe il fianco a censure di legittimità che possono essere evitate solo pervenendo ad una lettura "razionalizzante" della disciplina⁴⁸.

Soluzione, questa, imposta anche a fronte della chiarezza del monito inviato dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia laddove ha ricordato che l'osservanza dei principi in quella sede enunciati pone in gioco l'effettività del risultato processuale. Tale presa di posizione, infatti, laddove non recepitata, apre la strada alle c.d. revisioni processuali⁴⁹ in tutti quei giudizi dove i modi acquisitivi dei tabulati ma, come si è visto, anche della messaggistica chat o e-mail non si sono conformati ai *dicta* della Corte comunitaria.

5. *L'attrazione delle conversazioni chat o e-mail nel presidio dell'art. 15 Cost.: il doveroso controllo giurisdizionale.* Non è quindi un caso che il legislatore "interno" si sia affrettato, attraverso una procedura di urgenza, a modificare l'art. 132 D.lvo n. 196 del 2003 assegnando al giudice il potere di autorizzare l'acquisizione dei dati esteriori alle comunicazioni. Non deve peraltro sfuggire come il ricorso alla decretazione d'urgenza sia stato giustificato dall'esigenza di adeguarsi quanto prima alle indicazioni comunitarie⁵⁰; e, sempre in questa

⁴⁸ Occorre rilevare come la stessa Corte costituzionale abbia invitato a non sollevare questioni di legittimità quando le stesse possono essere evitate con un'interpretazione *secundum constitutionem*. L'indicazione è esplicitata nel passaggio secondo cui «in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 356; Corte cost., 7 maggio 2008, n. 147). In sostanza si sollecita un momento interpretativo di adeguamento del testo di legge alla Costituzione nella consapevolezza che la declaratoria di illegittimità della norma costituisce, per l'ordinamento, un fatto traumatico che deriva dal vuoto normativo che si genera.

⁴⁹ Come noto tale ipotesi di revisione è stata introdotta con sentenza della Corte cost., 13 aprile 2011, n. 113, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46, par. 1 Convenzione EDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'obbligo di adeguamento normativo è stato realizzato, sia pure con varianti di ammissibilità e procedurali, dall'art. 628 *bis* c.p.p.

⁵⁰ Il D.L. 30 settembre 2021 n. 132 nel suo preambolo afferma «la straordinaria necessità ed urgenza di garantire la possibilità di acquisire dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 2 marzo 2021 causa C-746-18».

prospettiva, va riguardata la travagliata redazione di una disciplina transitoria⁵¹. Tuttavia, occorre evidenziare come i messaggi precettivi della Corte di giustizia risultino specificati quanto al requisito del controllo indipendente relativo al momento acquisitivo ed ampliati per quanto concerne la nozione di comunicazione rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie sui modi acquisitivi. Riguardo al controllo di un organo indipendente si è precisato come lo stesso debba intervenire «prima di qualsiasi accesso ai dati interessati, salvo in caso di urgenza debitamente giustificata, nel qual caso il controllo deve avvenire in tempi brevi. Infatti, un controllo successivo non consentirebbe di rispondere all'obiettivo di controllo preventivo, che consiste nell'impedire che venga au-

⁵¹ Sul punto, il percorso della riforma relativa ai modi di acquisizione dei tabulati ha mostrato incertezze. Infatti, l'originario testo del D.L. 132 del 2021 contemplava, all'art. 2, una disciplina intertemporale tendente ad applicare i presupposti operativi della novella legislativa anche ai tabulati acquisiti prima. In particolare, con riferimento ai dati di traffico telefonico, telematico ed alle chiamate senza risposta, già acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, al comma 1 si prevedeva la loro utilizzazione «quando l'acquisizione è stata disposta dall'autorità giudiziaria» laddove ricorressero i medesimi «presupposti previsti dall'art. 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall'art. 1» del decreto. Al comma 2, poi, si prevedeva che «ai fini del comma 1, nella prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza alla convalida del provvedimento di acquisizione dei dati. Nei procedimenti in cui l'azione penale non è stata esercitata, alla verifica procede, anche di ufficio, il giudice per le indagini preliminari all'atto dell'adozione del primo provvedimento successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto che presupponga la valutazione dei dati di cui al comma 1».

Tuttavia, tale linea di politica legislativa è stata abbandonata nel testo definitivo del provvedimento di urgenza che, eliminando l'originario art. 2 ha deciso di non introdurre disposizioni transitorie. Pertanto, secondo le intenzioni di quel legislatore, la materia doveva essere affidata al *tempus regit actum*, con conseguente «messa in sicurezza» del dato probatorio acquisito in precedenza alla luce dell'orientamento nomofilattico che valorizza, ai fini dell'individuazione dell'*actum*, il primigenio momento acquisitivo e non le successive fasi del procedimento probatorio.

Tale opzione, tuttavia, non si adeguava ai moniti europei laddove avvertivano gli Stati aderenti del fatto che «le informazioni e gli elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione» conduce ad una violazione del processo equo, soprattutto se quelle informazioni probatorie vengono utilizzate. (Così, Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur* cit.). Evidentemente, a fronte di tale perentoria affermazione e nella consapevolezza della precettività del principio, il legislatore, in sede di conversione del decreto d'urgenza, ha introdotto al comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge di conversione n. 178 del 2021, una disciplina transitoria attraverso la quale, sia pure con differenti modulazioni, si è contemplata la retroattività del *novum*.

In particolare, si è previsto che i dati relativi al traffico telefonico, telematico e alle chiamate senza risposta «acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del [...] decreto possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 del c.p.p., e dei reati di minaccia e di molestia e di disturbo alle persone con il mezzo del telefono quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi».

torizzato un accesso ai dati in questione eccedente i limiti dello stretto necessario»⁵².

Con riferimento alla nozione di comunicazione rilevante, perché possano operare le garanzie acquisitive delle comunicazioni l'organo di giustizia comunitario si richiama all'art. 2 della Direttiva 2002/58 laddove, alla lett. d), definisce «“comunicazione” ogni informazione scambiata o trasmessa tra un numero finito di soggetti tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico [...]».

Emerge dal «significato fatto proprio delle parole» che ai fini dell'inquadramento di un messaggio in una forma comunicativa o in un documento non rileva se il messaggio sia o meno in itinere. Il richiamo ad ogni «informazione scambiata o trasmessa» esclude la necessità che il messaggio sia in itinere, altrimenti non avrebbe senso l'uso del participio passato che implica un'azione già realizzata e finita⁵³.

Può non piacere ma la Corte di giustizia, le cui decisioni hanno una immediata efficacia precettiva nell'ordinamento interno⁵⁴, non giustifica quelle distinzioni tra messaggistica “in viaggio” e “già pervenuta” sulla base delle quali si passa da modi acquisitivi più garantiti a quelli meno garantiti e, quel che più conta, da modi acquisitivi presidiati da un controllo di un organo terzo a quelli affidati a quel soggetto processuale titolare delle investigazioni e pertanto privo di “indipendenza”.

Sull'argomento, peraltro, è intervenuto anche il Giudice delle leggi il quale, in sede di conflitto di attribuzioni, ha rilevato che la posta elettronica rientra a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost. Infatti, si è affermato che «degradare la comunicazione a mero documento quando non più in itinere è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi sempre più ridotti di corrispondenza cartacea finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione»⁵⁵.

⁵² Così Corte giust. UE, Grande sezione, 5 aprile 2022, *G.D. c. Irlanda*.

⁵³ Non si dimentichi che nella grammatica italiana il participio passato costituisce un indicatore di temporalità.

⁵⁴ V. Corte cost., n. 217 del 2021, cit.

⁵⁵ Così Corte cost., n. 170 del 2023, cit.

In particolare, la Consulta evidenzia come la soluzione patrocinata risulti condivisa dalla Corte europea, la quale non ha avuto «esitazioni nel ricondurre nell'alveo della "corrispondenza" tutelata dall'art. 8 CEDU anche i messaggi informatico-telematici nella loro dimensione "statica" ossia già avvenuti»⁵⁶. Secondo il Giudice delle leggi, pertanto, si deve dunque «concludere che, analogamente all'art. 15 Cost., quanto alla corrispondenza della generalità dei cittadini, anche, e a maggior ragione, l'art. 68, terzo comma, Cost., tuteli la corrispondenza dei membri del parlamento – ivi compresa quella elettronica – anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento storico»⁵⁷.

Sul punto deve rilevarsi come il requisito dell'attualità sia insito nell'utilizzo processuale del dato conoscitivo; pertanto la sua evocazione non può sortire nel processo penale alcun limite all'eventuale divieto d'uso del dato acquisito al di fuori dei parametri di cui all'art. 15 Cost..

6. Il conflitto interiore della Cassazione tra obblighi di osservanza ed esigenze di risultato. Il quadro di disciplina che si viene a delineare tra obblighi costituzionali e vincoli europei ha indotto la Corte di cassazione a condividere la considerazione secondo cui le decisioni della Corte di giustizia hanno avuto un «dirompente impatto nell'ordinamento italiano» tanto da determinare un intervento normativo in via d'urgenza⁵⁸.

Ne discende che «l'acquisizione [...] di documenti e dati informatici inerenti a corrispondenza o ad altre forme di comunicazione debba essere sempre autorizzata da un giudice», anche nell'evenienza in cui sia avvenuta all'estero; e, se così è, risulterebbe «singolare» (*recte* «irrazionale») «che per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico sia necessario un preventi-

⁵⁶ Così ancora Corte cost. n. 170 del 2023, cit., dove correttamente si richiamano, con riferimento ai messaggi di posta elettronica, Corte EDU, Grande camera, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*; Corte EDU, sez. IV, 3 aprile 2007, *Coopland c. Regno Unito*; riguardo agli sms, Corte EDU, sez. V, 17 settembre 2020, *Saber c. Norvegia*; relativamente alla messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet, Corte EDU, Grande camera, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, cit.; ed infine, con riferimento a dati memorizzati in floppy disk, Corte EDU, sez. V, 22 maggio 2008, *Stefanov c. Bulgaria*.

⁵⁷ Si rimanda nuovamente a Corte cost. n. 170 del 2023, cit..

⁵⁸ Così Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, in www.sistemapenale.it, 2023, 11 dicembre 2023, che fa esplicito riferimento al D.L. n. 32 del 2021 laddove ha modificato l'art. 132 del D.lvo 196 del 2003 pretendendo l'autorizzazione del giudice per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico.

vo provvedimento autorizzativo del giudice, mentre per compiere il sequestro di dati informatici riguardanti il contenuto oggetto di quel traffico, sia sufficiente un provvedimento del Pubblico Ministero»⁵⁹.

Peraltro, l'indicata pronuncia dell'organo nomofilattico ha avuto modo di precisare come la sentenza n. 170 del 2023 della Corte costituzionale si saldi coerentemente con «il già sufficientemente definito orientamento esegetico della giurisprudenza costituzionale» in base al quale si era puntualizzato che la tutela prevista dall'art. 15 della Costituzione apre il testo costituzionale alla «possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata (Corte cost. n. 2/23, a proposito della illegittimità della norma sui divieti, stabiliti dall'autorità amministrativa, di possesso e utilizzo di apparecchi di comunicazioni)», estendendosi «ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione ai fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale», in relazione ai quali le limitazioni sono consentite soltanto nel rispetto «della riserva assoluta di legge e di giurisdizione (Corte cost. n. 20/17, a proposito delle forme di controllo della corrispondenza epistolare del detenuto; conf., in precedenza, Corte cost. n. 1030/88 e Corte cost. n. 81/93)»⁶⁰.

E che la riserva di giurisdizione debba essere “tutelata” da un giudice indipendente è principio condiviso dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nell'estendere alla libertà di comunicazione i criteri applicati per legittimare le limitazioni della libertà personale, ha affermato che «anche la legittimità costituzionale delle misure [...] limitative della libertà protetta dall'art. 15 Cost. è “necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità e all'esistenza della garanzia giurisdizionale (sent. n. 11 del 1956)”. Si tratta di due requisiti ugualmente essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro rendendolo meramente illusorio (sentenza n. 177 del 1980)»⁶¹.

⁵⁹ Così ancora Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit.; negli stessi termini cfr. Cass., Sez. VI, 2 novembre 2023, n. 44155, Rv. 285284. A ben vedere la Corte ha colto i profili di irrazionalità di disciplina che emergerebbero se si ritenesse che quanto affermato per l'acquisizione dei tabulati telefonici e quindi per le acquisizioni dei dati esteriori delle comunicazioni, non operi per l'acquisizione dei contenuti delle conversazioni.

⁶⁰ Così ancora Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit.; in senso conforme cfr. Cass., Sez. VI, 2 novembre 2023, n. 41555, cit..

⁶¹ Così Corte cost., 20 dicembre 2023, n. 2.

Non a caso si è ritenuto come l'assenza, nei termini indicati, dell'autorizzazione di un'autorità pubblica indipendente per l'acquisizione di momenti conoscitivi presidiati dall'art. 15 Cost. concretizzi una prova incostituzionale e quindi, per l'effetto, l'inutilizzabilità dell'apporto probatorio⁶². Né pare che il segnalato approdo giurisprudenziale possa essere messo in discussione con riferimento al principio della necessaria autorizzazione preventiva del giudice per acquisire messaggistica chat o e-mail da diverse e contrarie pronunce che hanno condotto, ai sensi dell'art. 618, comma 1, c.p.p., ad un'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite⁶³. Come emerge infatti dal contenuto dell'ordinanza in questione, l'esigenza di prevenire il contrasto giurisprudenziale è concentrata sulle modalità acquisitive delineate dall'art. 234 *bis* c.p.p.. Ed infatti, il giudice remittente, per mettere in dubbio la correttezza dell'orientamento adesivo ai principi espressi dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia, ha premura di precisare che si controverte su «un'attività investigativa che pare diversa da quelle considerate dalla [...] tesi in precedenza illustrata». Occorre qui evidenziare come il caso per cui insorge il contrasto abbia riguardo ad un'ipotesi di acquisizione probatoria, tramite O.E.I., di materiale conoscitivo già detenuto dall'autorità giudiziaria straniera. Ed è proprio su tale realtà che, significativamente, l'ordinanza remittente sembra svilire la rilevanza del tema generale affermando che, comunque, «il giudice italiano non può e non deve conoscere della regolarità degli atti di esecuzione di attività di indagine compiuta dall'autorità giudiziaria straniera [...] giacché detta attività investigativa è eseguita secondo la legislazione dello Stato estero. E, a maggior ragione, ciò vale ove l'originaria attività investigativa non sia stata compiuta su richiesta dell'autorità giudiziaria italiana, ma sia eseguita nell'ambito di altro procedimento instaurato nel detto Stato su iniziativa di quell'autorità»⁶⁴.

⁶² Così Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2023 n. 15836.

⁶³ V. Cass., Sez. III, Ord. 3 novembre 2023 n. 47798, in *www.sistemapenale.it*, 11 dicembre 2023, la quale prende spunto da difformità di orientamenti espressi da Cass., Sez. VI, 27 settembre 2023 n. 46482, inedita; Id., Sez. VI, 26 ottobre 2023 n. 46833, inedita; Id., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364, in *Cass. pen.*, 2023, 9, 2484.

⁶⁴ Sul punto, partendosi dalla consapevolezza che una moderna ed efficace cooperazione ed assistenza giudiziaria deve pervenire ad una limitazione del principio della *lex loci* (Così CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust.*, 2000, 1167), occorre rilevare come tale linea di indirizzo sia stata sostanzialmente seguita. In particolare il Giudice delle leggi, chiamato a sindacare la legittimità con riferimento all'art. 24 Cost., della legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale

Sul punto, però, si consideri che l'O.E.I. può anche essere «emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione»⁶⁵ e che, inoltre, il medesimo può avere ad oggetto atti di indagine che «si sarebbero potuti emettere alle stesse condizioni in un caso interno analogo»⁶⁶. Di conseguenza, il richiamo alle “stesse condizioni” che opererebbero in un “caso interno analogo” fa assumere certamente rilevanza al “nodo giuridico” sul se le acquisizioni della messaggistica chat o e-mail debbano essere garantite da un provvedimento giurisdizionale. Tuttavia, gli argomenti di critica alla tesi che sostiene la necessità di osservare l’obbligo eurounitario del necessario provvedimento di un giudice precedente al momento acquisitivo non appaio-

nella parte in cui consente l’esperimento di rogatorie all’estero disposte in fase dibattimentale senza garantire la presenza del difensore dell’imputato, ha affermato che la norma impugnata «sulla base di un’interpretazione costituzionalmente vincolata dal rispetto della garanzia sancita dal secondo comma dell’art. 24 Cost., non solo *consente* che il giudice italiano, prima dell’espletamento dell’atto, si avvalga di tutte le facoltà riconosciutegli dalla convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori), ma *non preclude in alcun modo* all’autorità giudiziaria di procedere alla valutazione della eventuale contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento, dell’atto assunto per rogatoria e, quindi, di accertare, caso per caso, se il contenuto dello stesso, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato» (Corte cost., sent. n. 379 del 1995). Indicazioni, queste, che trovano espresso recepimento normativo negli artt. 725 comma 1 e 727 comma 9 c.p.p. che determinano una rilevanza a che gli atti compiuti all’estero rispettino le modalità e le forme dello stato richiedente; regola, questa, la cui violazione determina un’espansione operativa del vizio di inutilizzabilità della prova espressamente contemplato nell’art. 729 c.p.p.. Il rilievo risulta confermato anche avuto riguardo alla disciplina dell’ordine europeo di indagine penale. In quella sede, infatti, si è richiamata «la possibilità di emettere l’atto istruttorio indicato nell’OEI “solamente” e “alle stesse condizioni in caso interno analogo” (art. 6 par. 1b), che, come abbiamo visto, si concretizza nella necessità di rispettare tutte le regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*. Ne discende l’inutilizzabilità delle prove raccolte in violazione di queste regole: se esse venissero impiegate nel processo instaurato nello stato di emissione, si determinerebbe una sicura violazione della direttiva» (in tal senso DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 71).

Sul punto, l’organo nomofilattico, in tema di O.E.I., ha precisato che «daddove risulti che l’attività di indagine sia stata eseguita sulla base di un ordine illegittimo, perché emesso senza il necessario provvedimento del giudice, la genesi patologica della prova raccolta all’estero non può che riflettersi sul procedimento penale di destinazione, decretando la inutilizzabilità della prova» (così, Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit.).

Del resto, non deve sfuggire che la legittimità del compimento di un atto probatorio è attività necessariamente demandata al giudice che dovrà valutarlo. E questa è la naturale conseguenza delle caratteristiche del “procedimento probatorio” che termina la sua progressione causale col momento valutativo dell’organo chiamato a decidere sul prodotto conoscitivo. (In genere, sulla nozione di procedimento cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, rist., Milano, 1982, 135; in specie sulle caratteristiche del procedimento probatorio v. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 52).

⁶⁵ V. art. 1, punto 1, Direttiva 2014/41/UE.

⁶⁶ Cfr. artt. 6 e 9 Direttiva 2014/41/UE.

no resistenti. Si prospetta, infatti, l'argomento "salvifico" dell'acquisizione di dati provenienti da corrispondenza informatica detenuta all'estero, evocando l'operatività dell'art. 234 c.p.p. e, comunque, ponendo in rilievo che la Convenzione di Budapest⁶⁷ «avrebbe introdotto la possibilità di acquisire la documentazione esistente in rete senza dover fare ricorso al sistema delle rogatorie internazionali o ad altri strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale». Sembra richiamarsi una sorta di disciplina speciale scaturente dagli obblighi imposti da un testo convenzionale, ma il tema argomentativo appare fuorviante. Anche a volere ritenere che sia stata introdotta nell'ordinamento la possibilità di acquisire documentazione in rete senza fare ricorso al sistema delle rogatorie o della cooperazione internazionale, nulla si dice in ordine ai "modi acquisitivi" tra cui rientra certamente la necessaria previa autorizzazione del giudice. Il rilievo appare decisivo anche alla luce del tenore letterale dell'art. 234-*bis* c.p.p. e dello stesso art. 234 del medesimo codice. In quella sede, infatti, si disciplina la possibilità acquisitiva di documenti e di dati informatici, ma non si fa menzione delle modalità realizzative dell'acquisizione. Pertanto, l'invocata "specialità" della disciplina proveniente dall'attuazione della Convenzione di Budapest può, se del caso, riconoscersi solo in ordine allo strumento acquisitivo e non alle relative modalità. In tale prospettiva esce dal "cono di azione" della specialità la regola eurounitaria che pretende la previa autorizzazione di un giudice. Ma, anche a prescindere da tale assorbente rilievo, non può e non deve dimenticarsi come le sentenze della Corte di giustizia costituiscano "fonte" del diritto⁶⁸ ed impongano al giudice la disapplicazione della disciplina "interna" se incompatibile con il principio eurounitario. Di qui, indipendentemente dalla circostanza che la Convenzione di Budapest costituisca fonte subvalente rispetto all'ordinamento eurounitario, di certo l'obbligo di presidiare il momento acquisitivo con un provvedimento giurisdizionale è cronologicamente postumo rispetto a quelli nascenti dal Trattato di Budapest e, quindi, anche a voler ritenere l'esistenza di un'incompatibilità di disciplina, risulta prevalente rispetto a questi ultimi⁶⁹.

⁶⁷ Ratificata con L. n. 48 del 2008.

⁶⁸ Cfr. tra le tante Corte cost., n. 217 del 2021, cit..

⁶⁹ La conclusione deriva dalla semplice applicazione delle regole di gerarchia delle fonti in forza delle quali, anche a fronte di un'evenienza in cui tra fonti pariordinate (e non è questo il caso di cui si discute) insorgano profili di incompatibilità, prevarrebbe comunque la fonte cronologicamente successiva. Sul punto si rimanda a MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 326.

Ne deriva che sotto più profili la regola interpretativa che fa leva sulla specificità (*recte* specialità) dell'enunciato normativo promanante dalla Convenzione di Budapest non potrebbe condurre ad ipotizzare un contrasto giurisprudenziale sul punto e ciò per il semplice motivo che resta comunque prevalente il comando giuridico di fonte eurounitaria in forza del quale per acquisire messaggistica chat o e-mail è necessario un provvedimento giurisdizionale. Significativo, al riguardo, è il fatto che il momento del segnalato contrasto viene affidato anche ad un tentativo di svilire la portata precettiva delle prese di posizione della “piccola Europa” attraverso l'argomento secondo cui l'acquisizione dei tabulati atterrebbe ad un documento informatico e non riguarderebbe un dato esteriore delle comunicazioni⁷⁰. Sembra essersi al cospetto di un caso in cui la “costruzione classificatoria” nasconde il contenuto oggettivo del dato di legge. E per convincersene è sufficiente por mente a quel passaggio della decisione in cui a sostegno di quanto affermato si richiama quella pronuncia delle Sezioni Unite che ha definito i tabulati come «documentazione in forma intellegibile del flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto delle conversazioni»⁷¹, laddove *expressis verbis* si evocano i “dati esteriori” delle comunicazioni. Ma, anche a prescindere da ciò, non si comprende per quale motivo un documento informatico non possa veicolare dati esteriori delle comunicazioni e, quindi, ricevere il medesimo “trattamento” a questi riservato. Né pare controvertibile che un documento come il tabulato telefonico contenga i dati in discorso⁷².

Non è quindi un caso che il pronunciato in questione si premuri di sostenere il proprio apparato argomentativo in forza del rilievo secondo cui l'attività «di acquisizione si (è) svolta sotto la direzione del giudice francese»; circostanza, questa, che «pone al riparo da qualsiasi eventuale censura il punto di legittima modalità di acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni acquisite»⁷³. Si riconosce, così, sia pure tramite il ricorso ad una forma non codificata di equipollenza⁷⁴, l'esigenza di un controllo giurisdizionale.

⁷⁰ Così, Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364, cit.

⁷¹ Così Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, cit.

⁷² Sul punto, cfr. Corte cost., n. 81 del 1993, cit.; Corte cost., n. 281 del 1998, cit.; del resto per convincersene appare sufficiente un'analisi fenomenica dei dati conoscitivi contenuti nel tabulato telefonico.

⁷³ In tal senso, Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364, cit.

⁷⁴ Operazione, questa, difficilmente assentibile posto che il controllo giurisdizionale deve risultare da atto motivato suscettibile di verifica.

Emerge quindi una eterogenea varietà di argomenti presi in considerazione per segnalare una situazione di contrasto. Ma, nonostante le diversità contenutistiche dei medesimi, occorre evidenziare come gli stessi non sembrino suscettibili di porre in discussione la precettività del comando comunitario laddove impone un previo provvedimento di natura giurisdizionale.

Se si è consapevoli di tale realtà lo spazio di decisione su cui sembra possa rinvenirsi, anche a tutto voler concedere, un momento di legittimazione per un intervento delle Sezioni Unite è costituito dal solo perimetro di azione dell'art. 234 *bis* c.p.p. e non dai relativi modi acquisitivi salvo che non si voglia porre, nel caso specifico, in discussione la primazia del diritto comunitario. Ma, se questa è la prospettiva, forse occorre far precedere l'ordinanza di rimessione da un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

I rilievi formulati conducono a ritenere che se anche l'organo nomofilattico dovesse pronunciarsi sulla non necessaria verifica giurisdizionale, la decisione sul punto avrebbe difficoltà ad assumere quel vincolo negativo del precedente introdotto con l'art. 618 comma 1 *bis* c.p.p.

7. *La necessaria individuazione del limite nomofilattico.* La situazione induce a considerazioni circa l'esatta perimetrazione del principio di diritto rilevante ex art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.. Il tema è particolarmente attuale posto che dall'individuazione del principio enunciato dalle Sezioni unite deriva per le singole sezioni della Cassazione un limite di decisione difforme.

Se gli artt. 618, comma 1-*bis* e 610, comma 2, c.p.p., nel disciplinare la rimessione alle Sezioni unite, fanno riferimento ad una specifica "questione di diritto", è ovvio che il limite di giudizio delle sezioni semplici è limitato ad essa⁷⁵. Ma anche l'individuazione del quesito giuridico è ancorata a parametri normativi e non può discostarsi da essi perché altrimenti si correrebbe il rischio di generare *extra legem* e, attraverso uno schema che agisce al di fuori di un potere riconosciuto, la premessa per pervenire indebitamente a vincoli negativi del precedente. E qui l'oggettività del comando giuridico ed anche l'eccezionalità della norma che si connota per conseguenze limitative di un potere astrattamente riconosciuto non consentono interpretazioni estensive. Di qui l'obbligo dell'interprete di pervenire a letture di "stretta interpretazio-

⁷⁵ In tal senso APRATI, *Le Sezioni Unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Bene, Marandola, Milano, 2017, 294.

ne”. Nella precisata consapevolezza di metodo, non può condividersi l’opinione secondo cui «alle Sezioni unite non viene devoluta solo la specifica questione su cui è sorto il contrasto, ma [...] l’intero ricorso»⁷⁶, in quanto, a differenza di ciò che accade nel processo civile (art. 142 c.p.c.), non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte dalle Sezioni unite, come del resto dalle stesse più volte affermato⁷⁷. L’impostazione, ancorché abilmente argomentata, si caratterizza per la sovrapposizione di piani distinti e disomogenei. Una cosa è il potere di giudizio delle Sezioni unite nell’ambito del quale possono e dovranno risolvere questioni anche diverse da quelle oggetto di rimessione; altra cosa è individuare la fonte del vincolo negativo a decidere per le sezioni singole. Qui la disposizione è speciale ed è assistita da una ben definita griglia normativa che fa riferimento ad una specifica questione di diritto, che poi è quella veicolata nell’ordinanza di rimessione o nel provvedimento presidenziale di cui all’art. 610, comma 2, c.p.p. Del resto, una diversa interpretazione, tendente ad includere nella disciplina di cui all’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. ogni questione risolta ed argomentata dalle Sezioni unite per la decisione del ricorso, aprirebbe alla via dell’“opinabilità”, certamente vietata o comunque sconsigliabile in una materia che funge da attribuzione o limitazione di poteri decisorii. Per convincersene basti pensare alle incertezze che potrebbero derivare laddove si vada alla ricerca, in un pronunciato delle Sezioni unite, degli *obiter dicta*, dei principi inespressi, di quelli indiretti e di quelli presupposti⁷⁸.

Né sul punto pare soccorrere l’art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p.. In quella sede, infatti, facendosi riferimento al «principio di diritto su cui si basa la decisione», se ne è tratto il convincimento che «il principio di diritto “rilevante” può essere individuato anche in quelle enunciazioni del provvedimento del

⁷⁶ Così FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2010, 34.

⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 21 settembre 2000, n. 17, Primavera, Rv. 216660; Id., 25 ottobre 2002, n. 41476, Misiano, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 413.

⁷⁸ Tale realtà è colta da FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., 10, laddove riconosce «il rischio di una certa opinabilità nel cogliere i principi di diritto su cui si basa la decisione, anche in considerazione del collegamento con l’attività della massimazione ufficiale delle sentenze da parte dell’ufficio della Corte di Cassazione a ciò preposto, sicché non è escluso che la individuazione di tali principi, attenendo anche al campo dell’interpretazione, possa dar luogo a incertezze applicative, tanto più rilevanti in quanto vi saranno ricadute sugli ambiti entro cui le sezioni semplici potranno pronunciarsi».

tutto estranee alla questione rimessa alle Sezioni unite»⁷⁹. Al di là dei rilievi in precedenza svolti, non deve sfuggire che si sta discutendo di una regola normativa contenuta nella disposizione di attuazione del codice di rito e, in particolare, in un enunciato normativo rubricato come «Motivazione della sentenza. Enunciazione del principio di diritto». Si è all'evidenza al cospetto di una norma generale derogata dalla specialità dell'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p..

Peraltro, come noto, le norme di attuazione sono state generate con una specifica funzione “servente” rispetto alle disposizioni codicistiche di cui devono garantire l’operatività. Tale considerazione rende difficile immaginare che una regola preposta ad “attuare” altro enunciato normativo possa addirittura contraddirlo⁸⁰. Ne deriva che la “questione di diritto” su cui può sorgere il vincolo negativo di cui all’art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. sia solo ed unicamente quella rimessa “legittimamente” alle Sezioni unite. Può accadere che il tema giuridico su cui l’organo nomofilattico è chiamato a pronunciarsi si ponga in rapporto di “implicazione” con un altro. Viene qui in rilievo la nozione di preliminarità o pregiudizialità⁸¹. Ma anche in questi casi occorre essere chiari sul fatto che il necessario ampliamento del principio di diritto può avvenire solo nei limiti in cui la risoluzione della questione pregiudiziale risulti necessaria o indispensabile a dirimere la specifica questione di diritto. In sostanza, il vincolo nomofilattico è materia delicata e per questo va maneggiato con cura. In questa sede gli “espansionismi” interpretativi traghetterebbero un sistema improntato alla “legalità” verso un diritto giurisprudenziale con il rischio di introdurre “oligarchie giudiziarie”⁸².

⁷⁹ In tal senso ancora FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, cit., 9.

⁸⁰ Sul tema, anche con riferimento alle norme di coordinamento, si è posta in rilievo l’esigenza di garantire che il prodotto legislativo risulti conforme ai principi del codice e cioè di quel complesso di norme che le disposizioni di attuazione e/o coordinamento sono chiamate a “servire”. Sull’argomento, cfr. UBERTIS, *Introduzione*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, App., a cura di Amodio, Dominioni, Milano, 1990, XXIII; MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 514.

⁸¹ Sul tema in generale si rinvia a SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 19 ss.

⁸² In tale direzione sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di Cassazione tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in *Cass. pen.*, 2019, 885, dove si ragiona in termini di individuazione di sanzioni processuali da riservare all’ipotesi in cui il giudice indebitamente amplia il principio di diritto creando, così, arbitrariamente il vincolo del precedente.

8. *Conclusioni: verso letture razionalmente orientate rispettose dei vincoli costituzionali e comunitari.* In ogni caso, a prescindere dalla condivisibilità, è stata denunciata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale tendente a non rendere operativa la regola della necessità di far precedere un provvedimento giurisdizionale all'acquisizione della messaggistica chat o e-mail. A fronte di tentativi di conservazione dell'esistente⁸³ occorre sperare nell'operato della "buona nomofilachia"⁸⁴ rispettosa dell'oggettività delle regole giuridiche. Ed allora deve necessariamente prendersi atto che la Corte costituzionale e la Corte di giustizia hanno disegnato un quadro di disciplina cogente e vincolante. E, si badi bene, che il punto dello stesso non è, al momento, quello di attrarre la messaggistica chat o e-mail nella nozione di intercettazione. Questa, pur in assenza di una specifica definizione normativa, a torto o a ragione, è considerata possa ricorrere solo a fronte della captazione occulta da parte di un terzo di colloqui tra persone diverse da lui⁸⁵; il tema è, viceversa, il necessario provvedimento giurisdizionale che consenta l'acquisizione.

Tuttavia, sul tema, va segnalato come la Corte di giustizia e la Corte costituzionale non abbiano visioni del tutto convergenti. Infatti, se per la Corte di giustizia il requisito soggettivo di organo terzo appare indispensabile e tale prerogativa non può rinvenirsi in capo a chi realizza attività investigativa⁸⁶, per la Corte costituzionale non pare essere così in quanto la stessa sembra autorizzare l'acquisizione della messaggistica chat ed e-mail ad opera degli inquirenti⁸⁷. La conclusione mostra, sul punto, equivocità derivanti da una contraddittorietà di impostazione. Infatti, la Corte delle leggi richiama, recependoli, gli approdi della Corte di giustizia in tema di necessario provvedimento giurisdizionale per l'acquisizione dei dati esteriori delle conversazioni. Tuttavia, pur ritenendo che la messaggistica chat ed e-mail costituisca conversazione, ed in quanto tale attribuibile nell'art. 15 Cost., mantiene il potere di sequestro a fronte di un mero provvedimento dell'organo investigativo. E qui alla con-

⁸³ V. Trib. Milano, sez. VII, ord. 5 dicembre 2023, in www.giurisprudenzapenale.com/2023/12/11; Trib. Roma, sez. IV, ord. 18 settembre 2023, inedita, dove pur condividendosi che la messaggistica chat o e-mail fosse da ricondurre al concetto di corrispondenza si è continuato ad affermare come la stessa possa essere acquisita tramite un provvedimento di sequestro adottato dal Pubblico Ministero.

⁸⁴ Sul punto si rimanda ai sempre attuali insegnamenti di CONSO, *Ruolo e funzione della Corte di Cassazione nell'ottica dei rapporti di costituzionalità*, in *La Corte di Cassazione nell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, 18.

⁸⁵ Così tra le tante, Sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, in *In iure praesentia*, 2004, 2, 126.

⁸⁶ Così Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit.

⁸⁷ Cfr. Corte cost., n. 170 del 2023, cit..

traddittorietà si aggiunge l'irrazionalità in quanto, in tal modo, si trattano in maniera diseguale situazioni giuridiche viceversa eguali. Basti pensare che allo stato attuale della normativa per acquisire i dati estranei delle comunicazioni è richiesta l'autorizzazione di un provvedimento giurisdizionale⁸⁸, mentre secondo la pronuncia in esame ciò non sarebbe necessario per acquisire il contenuto delle conversazioni stesse. Non deve, inoltre, dimenticarsi che lo stesso Giudice delle leggi abbia a più riprese, nel corso del tempo, preteso a fronte del presidio di tutela di cui all'art. 15 Cost. il necessario "vaglio dell'autorità giurisdizionale" che viene associato alla garanzia del contraddittorio⁸⁹ ed all'effettiva realizzazione del diritto di difesa⁹⁰. Quel che qui conta è la circostanza che dalla lettura delle indicate pronunce della Corte costituzionale emerge come, ai fini della concretezza operativa della locuzione costituzionale "autorità giudiziaria", occorra fare riferimento alla figura strettamente giurisdizionale. Del resto questa è una logica evolutiva di cui è permeato l'attuale codice di rito che ogni qualvolta ha disciplinato materie che la Costituzione assegnava al potere dell'"autorità giudiziaria" ha commutato tale indicazione attribuendo quei poteri all'organo giurisdizionale⁹¹. Il che non è un fatto irrilevante anche perché tra i criteri della delega per l'emanazione di quel codice vi è l'obbligo di attuare i principi direttivi della Costituzione⁹². La circostanza evidenzia, sul piano interpretativo, un'esigenza di allineamento imposta dal dovere di non violare il principio di eguaglianza e ciò tanto più che qui si discute di materia che sia la Corte costituzionale che la Corte di giustizia ritengono attratta nella sfera di cui all'art. 15 Cost..

Ne deriva, sul fronte esegetico, un'esigenza di adeguamento proprio per non incorrere in vizi di razionalità di disciplina⁹³. E comunque, anche a voler prescindere da tale conclusione, non si può dimenticare che le indicazioni comunitarie impongono, ai fini che interessano, modi acquisitivi garantiti da un

⁸⁸ V. art. 132 D.lvo n. 196 del 2003 modificato con D.L. n. 132 del 2021 conv. in legge n. 178 del 2021.

⁸⁹ In tal senso Corte cost., n. 2 del 2023, cit.; Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 20.

⁹⁰ Corte cost., 7 maggio 1975, n. 113; Corte cost., 20 giugno 1964, n. 68; Corte cost., 10 luglio 1980, n. 117 e Corte cost., 9 maggio 1968, n. 53. Nel senso della necessaria garanzia giurisdizionale, v. pure Corte cost., 19 giugno 1956, n. 11 e Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177.

⁹¹ In via esemplificativa si pensi al regime delle intercettazioni, alle misure cautelari reali e personali.

⁹² V. art. 2, punto, 1, l. 16 febbraio 1987, n. 81.

⁹³ Soluzione questa, lo si ricorda, suggerita dalla stessa Corte costituzionale secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (così Corte cost., n. 356 del 1996, cit.; Corte cost., n. 147 del 2008, cit.). Sul punto, v. rilievo formulato in nota 48.

organo terzo che non può essere quello deputato a svolgere indagini. In particolare, quel che conta è che tali indicazioni, laddove violate, porrebbero a rischio il risultato processuale non solo perché ne discenderebbe un'inutilizzabilità di derivazione comunitaria, ma anche perché la Corte di giustizia ha ricordato come l'osservanza del requisito minimo del previo provvedimento giurisdizionale sia posto a garanzia dell'effettività del "giusto processo"⁹⁴. Pertanto, la sua violazione consente l'accesso alla c.d. revisione processuale oggi normativizzata, con alcune variabili, nell'art. 628 *bis* c.p.p.

In sostanza la volontà di garantire a tutti i costi un risultato processuale anche se frutto di un'indebita "bulimia conoscitiva" conduce all'effetto contrario di quello perseguito.

In tale prospettiva non si comprendono momenti di elusione operativa della disciplina. E, indipendentemente dalle ulteriori conseguenze che deriverebbero dall'inosservanza del diritto dell'Unione europea⁹⁵, sembra infatti che debba ancora entrare nel costume operativo dei giuristi la consapevolezza che la norma processuale non va riguardata come potere ma al contrario come limite allo stesso. Questa, infatti, è preposta a porre perimetri all'agire del magistrato imponendogli di procedere secondo certe forme, certi modi e certe garanzie; e non è inutile ricordare che l'osservanza degli stessi è presidiata dall'inutilizzabilità, cioè da un divieto d'uso.

Così si protegge la legalità delle forme dell'accertamento che è anche legalità a tutela dell'individuo a fronte di eventuali abusi dell'autorità.

⁹⁴ V. Corte giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit.

⁹⁵ Al riguardo si segnala che la Corte di giustizia è intervenuta sulla questione della responsabilità proveniente da un provvedimento giurisdizionale contrario al diritto europeo ritenendo la responsabilità principale dello Stato, il quale potrà agire con l'azione di rivalsa nei confronti del giudice (così, Corte giust., 30 settembre 2003, *Kobler c. Austria*; Corte giust., 13 giugno 2006, *Fallimento traghetti del Mediterraneo c. Italia*). In conseguenza di tali pronunce si è pervenuti alla modifica dell'art. 2, comma 3, l. n. 117 del 1988, ampliandosi la responsabilità del magistrato anche per la manifesta violazione del diritto dell'Unione. In particolare, la Corte di giustizia ha precisato come la manifesta violazione di legge sia da rinvenirsi in quel provvedimento giurisdizionale definitivo connotato: 1) da errore inescusabile; 2) da una particolare gravità della violazione; 3) dall'inosservanza dell'obbligo di interpretazione comunitariamente orientata; 4) dal mancato rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. In ogni caso, si è rilevato come la violazione manifesta del diritto comunitario sia presunta quando la decisione interna ignora manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia (così, Corte giust. UE, 13 giugno 2006, *Fallimento traghetti del Mediterraneo c. Italia*, cit.).