

I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine

di **Antonio Barbieri**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. IV, 7 SETTEMBRE 2022 (UD. 15 LUGLIO 2022), N. 32915
PRESIDENTE CIAMPI, RELATORE DI SALVO

Sommario. **1.** Il riscontro di conoscenza sulle modalità acquisitive. - **2.** Acquisizione di dati informatici e intercettazione di flussi telematici. - **3.** Il contraddittorio sulle modalità acquisitive. - **4.** Invalidità del procedimento probatorio per violazione del contraddittorio. - **5.** Il rispetto dei principi comunitari in materia di diritto alla riservatezza delle comunicazioni. - **6.** Considerazioni conclusive.

1. Il riscontro di conoscenza sulle modalità acquisitive.

Con la sentenza che si annota, la Corte di Cassazione ha affermato la necessità di garantire il contraddittorio sulle modalità di acquisizione, mediante ordine europeo di indagine¹, dei messaggi scambiati attraverso un sistema di comunicazione crittografato end-to-end, che utilizza una piattaforma telematica estera.

Questo il caso concreto: i messaggi scambiati telematicamente da soggetti operanti in Italia venivano conservati in un server posto in Francia e rimanevano criptati. Stando alle informazioni rese dalla polizia giudiziaria, la decodificazione dei messaggi avveniva mediante un programma informatico, che consentiva di trasformare il codice numerico custodito nella memoria del server in messaggi di testo e immagini a cura di una società, a ciò incaricata dall'autorità giudiziaria francese.

Il pubblico ministero acquisiva, con lo strumento dell'ordine europeo di indagine, la trascrizione dei messaggi scambiati dai soggetti operanti in Italia e non accoglieva la richiesta della difesa di accedere alla documentazione - comprensiva dei file - consegnata da Europol a seguito dell'accesso al server della società canadese Sky Ecc, ritenendo che si trattasse di scambio

¹ Per alcuni spunti di riflessione anche in tema di intercettazioni, v. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. pen.*, 2019, 9, pp. 3370 ss..

informativo tra forze di polizia e fosse sufficiente l'acquisizione in copia della messaggistica.

La Corte di Cassazione ha affermato che, ai fini della utilizzabilità dei messaggi scambiati telematicamente, decrittati e acquisiti in copia dal server estero a cura della polizia giudiziaria, non è sufficiente l'acquisizione della messaggistica tramite ordine europeo di indagine, ma occorre il riscontro di conoscenza sulle modalità di acquisizione del materiale probatorio, perché è necessario valutare che le procedure di acquisizione della messaggistica non siano in contrasto con norme inderogabili e principi fondamentali del nostro ordinamento.

Ciò è funzionale, ad avviso della Corte, al controllo di legittimità sul procedimento di formazione della prova nell'ottica delineata dall'art. 191 cpp, che – come è noto – stabilisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, proiettando i propri effetti anche nel contesto del procedimento incidentale de libertate, a condizione, naturalmente, che risulti l'effettiva incidenza dell'elemento di prova tratto dal messaggio sul convincimento del giudice².

In tale prospettiva, si è precisato come le modalità di acquisizione rilevino anche ai fini della verifica della corrispondenza tra i testi o le immagini scambiati telematicamente e i testi trascritti o le immagini ottenute mediante il programma informatico di decodificazione nonché ai fini della verifica della coincidenza delle utenze dei soggetti individuati come mittenti e destinatari.

2. Acquisizione di dati informatici e intercettazione di flussi telematici.

Con altra pronuncia relativa alla stessa vicenda, la Corte di Cassazione ha affermato che l'acquisizione della messaggistica, oggetto di corrispondenza telematica mediante sistema di comunicazione crittografato end-to-end, è da ricondurre all'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 234-bis cpp³ ed è pertanto pienamente utilizzabile⁴.

In particolare, con tale sentenza si è precisato che, nel caso di acquisizione e decodificazione all'estero di messaggi inviati mediante un sistema di comunicazione crittografato end-to-end, non vi è spazio per l'applicazione dell'art. 266-bis cpp, perché quest'ultima disposizione postula che

² Sulla incidenza delle invalidità nel giudizio cautelare, v. LUDOVICI, *La dinamica delle invalidità nel giudizio cautelare*, in AA.VV., *Le invalidità processuali*, a cura di Marandola, Padova, 2015, pp. 453 e ss.

³ L'art. 234-bis cpp è stato introdotto dall'art. 2 c. 1-bis d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, recante *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione*.

⁴ Cfr. Cass. pen. Sez. I, 1 luglio 2022, Molisso, n. 34059, in *De Jure*.

l'acquisizione dei messaggi, anche se criptati, avvenga mentre l'attività di messaggistica è in corso⁵. In presenza di tale situazione, la norma applicabile sarebbe l'art. 234-bis cpp, che consente l'acquisizione di documenti informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare⁶.

Si deve osservare che, in questo secondo giudizio di legittimità, non era stato introdotto il tema della necessità di garantire il contraddittorio sulle modalità di acquisizione dei dati informatici custoditi nel server straniero e, quindi, di consentire il controllo sulla natura dell'attività investigativa svolta all'estero. In ipotesi del genere, a ben vedere, può essere controversa la riconducibilità dell'attività svolta in concreto dalla polizia giudiziaria nel perimetro di applicazione dell'art. 234-bis cpp, perché l'acquisizione della messaggistica crittografata potrebbe avvenire attraverso la captazione dei flussi telematici ovvero attraverso l'utilizzazione di un trojan horse inoculato nel dispositivo elettronico portatile in uso ai soggetti operanti in Italia. E' chiaro che, una volta accertata una tale modalità operativa, non vi sarebbe spazio per l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 234-bis cpp, ma dovrebbe trovare applicazione quella prevista dagli artt. 266 e segg. cpp.

⁵ Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha precisato che se il messaggio telematico è crittografato, il pubblico ministero ne può valorizzare il contenuto a fini dimostrativi soltanto laddove abbia la disponibilità dell'algoritmo che consente di decriptarne il tenore ovvero se tale "chiave" venga altrimenti messa a disposizione dalla società che ne è proprietaria (e che la sfrutta dal punto di vista commerciale). Se si accede al server straniero dove i messaggi criptati sono conservati, si tratta di dati informatici custoditi all'estero, acquisibili ex art. 234-bis cpp con il consenso del legittimo titolare. In analogia prospettiva, cfr. Cass. pen. Sez. VI, 28 maggio 2019, Pizzarotti, n. 28269, in *De Jure* secondo cui *i dati informatici acquisiti dal server di una società (nella specie si trattava di messaggi di posta elettronica "scaricati" e/o conservati nella memoria fisica del computer) sono qualificabili come documenti ai sensi dell'art. 234 cpp; la relativa attività acquisitiva non soggiace dunque né alle regole stabilite per la corrispondenza né alla disciplina delle intercettazioni.*

⁶ Si tratta di disposizione applicabile, secondo la citata sentenza, nei casi in cui l'acquisizione non abbia ad oggetto un documento cartaceo o analogico, ma un documento inteso come "rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con un metodo digitale" ovvero dati informatici che hanno consentito di rendere intellegibile il contenuto di stringhe redatte secondo il sistema binario. Con il consenso del "legittimo titolare" dei dati conservati all'estero (da intendersi come persona giuridica che di quei documenti informatici può disporre) sarebbe pienamente legittimo il compimento di un'attività di acquisizione diretta della documentazione ivi custodita; viceversa, sarebbe necessario attivare le procedure di cooperazione giudiziaria internazionale soltanto nel caso in cui manchi detto consenso (v. Cass. pen. Sez. I, 1 luglio 2022, Molisso, n. 34059, cit.).

3. Il contraddittorio sulle modalità acquisitive

Ai fini della corretta individuazione della normativa applicabile, bisogna dunque distinguere l'invio telematico dei messaggi, la conservazione della messaggistica a comunicazione esaurita e l'acquisizione del testo o dell'immagine scambiati, eventualmente mediante la decodificazione del dato informatico archiviato nel server.

Se l'acquisizione avviene mentre il messaggio viene inviato attraverso la captazione del flusso telematico o l'utilizzazione di un trojan sul dispositivo elettronico portatile, deve trovare applicazione la disciplina sulle intercettazioni; infatti, se da un lato è pacifico che, ai fini della legittimità del procedimento di intercettazione, rileva il luogo di registrazione del flusso telematico, dall'altro è incontrovertito che la captazione del flusso telematico, mediante il quale avviene lo scambio della messaggistica, costituisce il segmento primigenio ed essenziale dell'attività di intercettazione⁷.

È indiscutibile, dunque, che l'attività di invio di messaggi, con o senza utilizzazione di un sistema telematico crittografato, costituisce attività di comunicazione tra persone e, come tale, dovrebbe essere assoggettata alla disciplina sulle intercettazioni, che richiede, ai fini della utilizzabilità, un preventivo decreto di autorizzazione del giudice alle condizioni previste dall'art. 266 cpp e nel rispetto delle forme stabilite dall'art. 267 cpp⁸.

⁷ Sul tema della individuazione delle fasi dell'attività di intercettazione e sulla necessità, ai fini della utilizzabilità del risultato delle intercettazioni, che la sola registrazione e non anche la captazione avvenga negli impianti della procura della Repubblica v. Cass. pen. Sez. Un., 23 settembre 2008, Carli, n. 36359, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 30, con nota di PISTORELLI, *Le Sezioni Unite di fronte alle sfide della modernità: le pratiche di "remotizzazione" delle intercettazioni*; secondo questa sentenza, *condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che l'attività di registrazione - che, sulla base delle tecnologie attualmente in uso, consiste nella immissione dei dati captati in una memoria informatica centralizzata - avvenga nei locali della procura della Repubblica mediante l'utilizzo di impianti ivi esistenti, mentre non rileva che negli stessi locali vengano successivamente svolte anche le ulteriori attività di ascolto, verbalizzazione ed eventuale riproduzione dei dati così registrati, che possono dunque essere eseguite in remoto presso gli uffici della polizia giudiziaria; in motivazione la Corte ha precisato, con riguardo all'attività di captazione delle conversazioni non può che avvenire, per ragioni tecniche (le comunicazioni avvengono secondo flussi digitali), all'esterno dei locali della procura della Repubblica e, con specifico riferimento alla riproduzione - e cioè al trasferimento su supporti informatici di quanto registrato mediante gli impianti presenti nell'ufficio giudiziario -, che trattasi di operazione estranea alla nozione di "registrazione", la cui "remotizzazione" non pregiudica le garanzie della difesa, alla quale è sempre consentito l'accesso alle registrazioni originali.*

⁸ Sulla nozione di intercettazione, v. Cass. pen. Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, 3, 2094, secondo cui *le intercettazioni regolate dagli art. 266 ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri*

In tale prospettiva, si è affermato, in merito all'acquisizione dei flussi di comunicazione mediante l'utilizzazione del sistema crittografato Blackberry, che l'attività di acquisizione soggiace alla disciplina di cui all'art. 266 e segg. cpp, riguardando comunicazioni in atto e risultando irrilevante la sussistenza di un eventuale breve intervallo temporale tra la captazione dei messaggi ed il loro inoltro sui server della procura a causa di esigenze tecniche dovute alle operazioni di decrittazione⁹. Secondo la giurisprudenza¹⁰, a questa tipologia di operazioni fa riferimento l'art. 266-bis cpp, che estende l'applicabilità delle norme del codice di rito, relative alle "normali" intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra soggetti a distanza, alle intercettazioni di flussi di comunicazioni relativi a sistemi telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi telematici; flussi che non avvengono in via diretta tra apparecchi informatici, ma che sfruttano la trasmissione dei dati in via telematica ovvero per mezzo di altra analoga strumentazione tecnica¹¹.

In argomento, si è anche chiarito che la decodificazione della messaggistica scambiata con sistema Blackberry, captata telematicamente, indirizzata verso

*e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato. Ne consegue che la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa. In dottrina, v. FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali*, Pisa, 2021, pp. 33 e ss.; sul tema, v. anche ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. pen.*, 2019, 11, pp. 3826 ss.*

⁹ Cfr. Cass. pen. Sez. IV, 15 ottobre 2019, Brandimarte, n. 49896, in *De Jure*; in tal senso v. anche Id. Sez. III, 23 dicembre 2015, Guarnera, n. 50452, in *De Jure*, secondo cui è *legittima l'acquisizione di contenuti di attività di messaggistica - nella specie, effettuata con sistema "Blackberry" - mediante intercettazione operata ai sensi dell'art. 266 cpp, e segg., poiché le "chat", anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni.*

¹⁰ Nel senso della qualificazione come intercettazione ai sensi dell'art. 266-bis cpp dell'acquisizione dei contenuti di messaggistica in atto effettuata con sistema Blackberry, cfr. Cass. pen. Sez. IV, 15 ottobre 2019, Brandimarte, n. 49896, cit.; Id. Sez. III, 26 settembre 2019, Scognamiglio, n. 47557, in *De Jure*; Id. Sez. III, 23 dicembre 2015, Guarnera, n. 50452, cit..

¹¹ Sugli aspetti tecnici dell'attività di intercettazione sulle reti cellulari, v. NAZZARO, *Le intercettazioni sulle reti cellulari*, Fidenza, 2010, pp. 5 ss.

il server della procura ed ivi registrata¹², costituisce attività distinta e successiva all'intercettazione e può essere svolta, ai sensi dell'art. 234-bis cpp, mediante richiesta alla società produttrice del sistema operativo di trasformare, tramite l'apposito algoritmo, i dati informatici in contenuti intellegibili¹³.

Sono, quindi, due i profili di valutazione della legittimità del procedimento di acquisizione probatoria della messaggistica crittografata e, segnatamente, quello relativo alla verifica della natura dell'attività investigativa svolta ed eventualmente dell'esistenza dei presupposti di legge per disporre ed eseguire l'attività di intercettazione e quella, temporalmente, materialmente e giuridicamente successiva, di decodificazione del dato informatico; quest'ultima attività deve essere svolta in modo da garantire la genuinità della prova secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di computer forensics.

Il tema centrale introdotto dalla sentenza in commento è rappresentato dall'affermazione del principio secondo il quale il contraddittorio sulle modalità acquisitive del dato probatorio, anche quando ciò avvenga mediante ordine europeo di indagine, deve consentire di verificare la legittimità del procedimento acquisitivo e, quindi, l'osservanza delle regole che disciplinano l'attività concretamente svolta dalla polizia giudiziaria.

Ciò detto, risulta evidente come soltanto il controllo sulle modalità di svolgimento del procedimento probatorio possa consentire di verificare, in concreto, se il messaggio crittografato sia stato acquisito mediante l'intercettazione del flusso telematico o l'inoculazione di un captatore informatico ovvero mediante la copia del documento informatico conservato nel server a comunicazione esaurita.

Nel caso scrutinato dalla sentenza in commento, la necessità di garantire il controllo sulle modalità acquisitive discende anche dalla previsione dell'art. 1 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 recante *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale*, che prevede il rispetto dei principi generali del nostro ordinamento giuridico, tra i quali rientra indiscutibilmente il principio del contraddittorio nella formazione della prova, quale declinazione del giusto processo.

Con riferimento all'ordine europeo di indagine, la questione è rilevante anche sotto altro profilo, perché, in base all'art. 6 c. 1 lett. b) cpp della *direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale*, l'autorità giudiziaria italiana può emettere un ordine europeo di indagine soltanto quando l'atto o gli atti di

¹² Sulla nozione di intercettazione e sulle fasi in cui si articola l'attività di intercettazione, v. Cass. pen. Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.; Id. Sez. Un., 23 settembre 2008, Carli, cit..

¹³ Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 20 aprile 2021, Civale, n. 18907, in *De Jure*.

indagine richiesti avrebbero potuto essere disposti ed eseguiti alle stesse condizioni contemplate nel paese richiedente. Pertanto, se l'acquisizione dei messaggi crittografati avvenisse mediante l'intercettazione di flussi telematici o l'inoculazione di un captatore informatico, l'acquisizione dei risultati delle intercettazioni autonomamente disposte ed eseguite all'estero potrebbe avvenire soltanto se risultassero rispettate le condizioni previste dal nostro codice di rito sulle intercettazioni (rileverebbe in tal caso, eventualmente, anche il disposto dell'art. 270 cpp). Invece, se l'acquisizione avvenisse mediante la copiatura del dato informatico conservato nel server o la perquisizione di un sistema informatico o telematico, l'acquisizione dei messaggi di testo potrebbe avvenire soltanto se risultassero rispettate le regole in materia di copia forense a garanzia della genuinità del dato informatico.

Infine, non va sottovalutato che, poiché è possibile emettere ordine europeo di indagine per l'esecuzione all'estero di intercettazioni autorizzate dall'autorità giudiziaria italiana¹⁴, il controllo sulle modalità acquisitive è fondamentale per evitare che, attraverso lo schermo dell'ordine europeo di indagine di quella che viene presentata come una acquisizione di copia informatica di messaggistica criptata, vengano eluse le disposizioni inderogabili sulle intercettazioni.

4. Invalidità del procedimento probatorio per violazione del contraddittorio

Deve essere a questo punto esaminato il tema delle conseguenze in termini di invalidità del procedimento di acquisizione probatoria per la violazione del diritto al contraddittorio.

Nella sentenza in commento vi è un riferimento all'inutilizzabilità a norma dell'art. 191 cpp quale conseguenza della violazione del diritto al contraddittorio, senza alcuna specificazione in ordine alla riconducibilità del vizio alla violazione di uno specifico divieto di legge ovvero di disposizioni costituzionali.

In argomento, si è osservato come il diritto ad una prova legittima rientri tra i diritti fondamentali della costituzione¹⁵, perché la diretta implicazione esistente tra prova e decisione influisce sul diritto di difesa, sulla presunzione di non colpevolezza e sulla formazione della personalità dell'uomo¹⁶.

¹⁴ Gli artt. 30 e 31 della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, disciplinano le attività di intercettazione da svolgere con la collaborazione di uno stato estero.

¹⁵ V. Corte costituzionale sentenza n. 175 del 1970, con la quale si affermò che *il canone del diritto processuale penale, secondo il quale al giudice è consentito di apprezzare secondo la sua esperienza il valore del materiale probatorio, presuppone che non si tratti di prove vietate dalla legge.*

¹⁶ V. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 4.

L'art. 191 cpp non costituisce soltanto un presidio a tutela del singolo ma anche una garanzia sulla correttezza dell'accertamento giurisdizionale, perché finalizzato a consentire il raggiungimento di un migliore risultato conoscitivo; tale prospettiva ermeneutica - si è precisato - trova conferma nell'art. 111 Cost., perché il rispetto dei principi del giusto processo è funzionale a garantire non soltanto la legittimità della prova in sé ma la legalità del procedimento di acquisizione¹⁷.

Come si è visto, nell'art. 1 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 vi è un espresso riferimento alla necessità di rispettare, nell'acquisizione probatoria mediante ordine europeo di indagine, i principi generali del nostro ordinamento giuridico. Poiché il principio del contraddittorio rientra tra i principi generali del nostro ordinamento, può ritenersi che, in difetto della garanzia di conoscenza in ordine alle modalità acquisitive della messaggistica crittografata, il risultato probatorio sia inutilizzabile.

E' chiaro che, in ipotesi del genere, non vi è un divieto di legge all'acquisizione di copia del documento informatico a norma dell'art. 234 o dell'art. 234-bis cpp ovvero, eventualmente, dell'art. 247 c. 1-bis o dell'art. 254-bis cpp all'esito di una perquisizione o sequestro presso fornitori di servizi informatici o telematici: il risultato conoscitivo non è inutilizzabile in sé, sempre che siano rispettate le forme previste da tali disposizioni e le garanzie di genuinità per la copia forense.

Tuttavia, la mancata partecipazione delle modalità acquisitive determina l'inutilizzabilità o il divieto d'uso del dato, perché il procedimento probatorio si è svolto in violazione del diritto al contraddittorio garantito dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 Cedu.

La Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 34 del 1973, ha affermato *il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente*

¹⁷ V. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 2-3, pp. 31 ss.; sull'argomento, v. anche NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 641; PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 145; CONTI, *L'inutilizzabilità*, in AA.VV., *Le invalidità processuali*, a cura di Marandola, Padova, 2015, pp. 97 ss.; CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, p. 219 ss.; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007. Sulla inutilizzabilità quale regola di esclusione della prova, v. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova*, Roma, 2013, pp. 75 ss.

*illegittime abbia subito*¹⁸; in tal senso è unanimemente orientata anche la giurisprudenza¹⁹.

¹⁸ V. Corte costituzionale sentenza n. 34 del 1973, con cui si affermò per la prima volta *l'obbligo per il giudice di garantire il rispetto delle norme costituzionali nello svolgimento degli atti processuali*; v. anche Corte costituzionale sentenza n. 81 del 1993, che ribadì come *l'acquisizione dei mezzi di prova debba avvenire nel più rigoroso rispetto delle regole che la stessa costituzione pone direttamente*, nonché Corte costituzionale sentenza n. 229 del 1998, che ribadì *la natura indefettibile della garanzia del diritto di difesa e in generale dei diritti fondamentali della persona nell'applicazione della legge processuale*.

¹⁹ Sul tema della inutilizzabilità della prova per violazione di un divieto costituzionale, v. Cass. pen. Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2000, 2598, secondo cui *l'inutilizzabilità si desume dal disposto dell'art. 191 del codice di rito, applicabile anche alle c.d. "prove incostituzionali", perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, costituzionalmente protetti; prove come tali colpite dalla patologia irreversibile dell'inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempra divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario, infatti, che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali. Nello stesso senso, v. anche Id., Sez. Un., 13 luglio 1998, Gallieri, n. 21, in *Cass. pen.*, 1999, 2, p. 465 ss. con nota di MELILLO, *L'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico fra limiti normativi ed equivoci giurisprudenziali*, secondo cui è stato affermato (Sez. un., 16 maggio 1996, Sala) che rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le "prove oggettivamente vietate", ma le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla "legge", ed a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Ipotesi quest'ultima sussumibile nella previsione dell'art. 191 cpp, proprio perché l'antigiuridicità di prove così formate od acquisite attiene alla lesione di diritti fondamentali, riconosciuti cioè come intangibili dalla Costituzione. E, proprio la sentenza n. 34 del 1973 ha ravvisato l'esistenza di "divieti" probatori ricavabili in modo diretto dal dettato costituzionale», che «ha consentito, in dottrina, l'elaborazione della categoria delle prove cosiddette incostituzionali, cioè di prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in spregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione, da considerarsi perciò inutilizzabili nel processo. In tal senso, in materia di intercettazioni, v. Cass. pen. Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit. sulla natura immediatamente precettiva dell'art. 15 Cost. e, più di recente, Id. Sez. VI, 26 giugno 2015, n. 27100, Musumeci, in *De Jure*, la quale, occupandosi delle intercettazioni mediante captatore ambientale, aveva avvertito, sebbene sia stata superata dalla successiva giurisprudenza in materia e dalle modifiche legislative successivamente intervenute, la necessità che le intercettazioni di conversazioni tra presenti mediante captatore informatico non si ponessero in contrasto con il precetto costituzionale di cui all'art. 15 Cost..*

Nella medesima prospettiva, v. Cass. pen. Sez. VI, 17 luglio 2020, Salamò, n. 22808, in *De Jure*, occupandosi della rilevanza d'ufficio della inutilizzabilità delle intercettazioni per mancanza di motivazione dei decreti di autorizzazione, ha precisato che l'inosservanza dell'obbligo di motivazione dei decreti autorizzativi

Le disposizioni costituzionali poste a presidio dei diritti fondamentali dell'individuo sono di immediata applicazione nel processo penale per la loro natura precettiva; tra queste rientra sicuramente l'art. 111 Cost., che detta specifiche disposizioni affinché la giurisdizione sia attuata mediante il giusto processo²⁰.

Il diritto al contraddittorio espressamente previsto dall'art. 111 c. 2 Cost. trova concreta attuazione attraverso la possibilità di piena partecipazione all'attività istruttoria²¹ ovvero, secondo la più ampia accezione elaborata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in applicazione dell'art. 6 Cedu, attraverso la possibilità di controllo sul procedimento di formazione della prova quando la partecipazione non sia possibile in ragione della natura dell'attività svolta²². La mancata conoscenza delle modalità acquisitive esclude in radice ogni controllo di legittimità sul procedimento probatorio ed impedisce lo svolgimento del processo penale secondo un modello di legalità di accertamento del fatto.

Non va sottovalutato neppure che l'impossibilità di controllo sulle modalità acquisitive incide sulla garanzia di verifica della genuinità del dato informatico, perché ostacola, oltre che il riscontro sulla natura dell'attività investigativa concretamente svolta, anche l'accertamento della

integra una inutilizzabilità del risultato delle intercettazioni di carattere assoluto e dunque non sanabile, perché derivante dalla violazione dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione; in senso conforme, v. anche Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2018, Bigeschi, n. 47803, in *De Jure*.

²⁰ V. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 75 ss., che, richiamando le sentenze della Corte costituzionale n. 34 del 1973 in tema di intercettazioni, n. 81 del 1993 in tema di sequestro di tabulati telefonici e n. 299 del 1998 in tema di sequestro degli appunti predisposti dall'indagato in vista dell'interrogatorio, ritiene che la portata operativa dell'art. 191 cpp vada estesa a tutte le ipotesi che, ancorché non disciplinate, realizzino la violazione di un diritto costituzionalmente protetto in ragione del carattere immediatamente precettivo della costituzione e della nuova linea evolutiva che vede nel costituzionalismo un nuovo paradigma dei diritti che determina la sottomissione della legge ai vincoli sostanziali della carta costituzionale. In tal senso, v. anche ARICÒ, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell'Istituto di diritto e procedura penale (Università degli Studi di Salerno)*, 1993, p. 28, secondo cui, se si intendesse limitare la inutilizzabilità alla violazione di una disposizione di legge secondo il dato letterale dell'art. 191 cpp, si arriverebbe all'assurdo di ritenere rilevante, ai fini della legittimità probatoria, un divieto derivante da norme ordinarie ed irrilevante quello derivante da un dettato costituzionale posto a presidio di un diritto inviolabile.

²¹ Si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'assunzione delle prove dichiarative, dove vi è una partecipazione delle parti all'attività istruttoria.

²² Si pensi, oltre che alla disciplina delle intercettazioni o delle acquisizioni documentali, a tutte le attività di formazione probatoria cui la difesa non ha diritto di partecipare e i cui risultati sono utilizzabili per la decisione.

corrispondenza tra il dato originario criptato e il messaggio di testo reso intellegibile.

In giurisprudenza, la mancata ostensione delle modalità di decriptazione della messaggistica Blackberry, oggetto di intercettazione legittimamente autorizzata, è stata qualificata come nullità a regime intermedio ex artt. 178 lett. c) e 179 cpp per violazione del diritto di difesa²³.

La sentenza in commento fa, invece, esclusivo riferimento all'inutilizzabilità ex art. 191 cpp.

Per quanto sinora esposto, il vizio va ricondotto alla categoria della inutilizzabilità per violazione del fondamentale principio del contraddittorio²⁴.

²³ Secondo la giurisprudenza, ove l'attività di messa in chiaro dei messaggi criptati, scambiati tramite il sistema Blackberry ed assoggettati ad intercettazione ex art. 266-bis cpp, sia svolta dal fornitore del servizio fuori dal contraddittorio, la difesa ha diritto di ottenere la versione originale e criptata dei messaggi e le chiavi di sicurezza necessarie alla decriptazione, a pena di nullità ex art. 178, lett. c), cpp; laddove alla difesa, non solo in sede cautelare ma in anche nel corso del giudizio di merito, fosse precluso di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, nella loro versione originale ed integrale, e fosse conseguentemente impedito l'esercizio di ogni potere di controllo, sussisterebbe una nullità di ordine generale a regime intermedio, derivante dalla violazione della disciplina diretta ad assicurare l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato in una ipotesi in cui non è obbligatoria la presenza del suo difensore; in tal senso, v. Cass. pen. Sez. IV, 15 ottobre 2019, Brandimarte, n. 49896, cit..

²⁴ Sulla inutilizzabilità patologica, v. Cass. pen., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, n. 16 in Cass. pen., 2001, 7-8, p. 2034 con nota di VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel «nuovo» giudizio abbreviato*; secondo questa sentenza, deve attribuirsi piena rilevanza alla inutilizzabilità cosiddetta "patologica", inerente, cioè agli atti probatori assunti "contra legem" il cui impiego è vietato in modo assoluto, non solo nel dibattimento, ma in qualsiasi altra fase del fase del procedimento, ivi comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito. L'inosservanza di un simile divieto di inutilizzabilità non è, infatti, sanabile in forza della mera richiesta di accesso al rito alternativo ed è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento a norma dell'art. 191 c.p.p., costituisce, come "error in procedendo", motivo autonomo ed autosufficiente di censura della decisione mediante il ricorso per cassazione a norma dell'art. 606, lett. c), c.p.p., proponibile anche in via immediata ex art. 569, comma 3, può essere rilevato dal giudice di legittimità oltre il "devolutum", a norma dell'art. 609, comma 2, e addirittura nel giudizio di rinvio dopo l'annullamento ex art. 627, comma 4, a differenza della nullità anche assoluta e dell'inammissibilità, salvo che sul punto si sia formato il giudicato parziale secondo il disposto dell'art. 624, comma 1.

Di recente, si veda Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2018, G.S., n. 16503, in *De Jure*, che ha precisato che, sulla base di un indirizzo ermeneutico oramai consolidato, il vizio della inutilizzabilità degli atti istruttori può presentarsi sotto due forme, caratterizzate, in funzione della loro tipologia, da una maggiore o minore gravità degli effetti ad esso conseguenti; la prassi giudiziaria usa, infatti, distinguere fra ipotesi di inutilizzabilità

Quest'ultima soluzione ermeneutica si lascia preferire, perché l'inutilizzabilità è la categoria di invalidità propria del procedimento probatorio. In analogia prospettiva, si deve osservare che la violazione del contraddittorio nella formazione della prova non si identifica con la violazione del diritto di difesa, intesa come violazione del diritto di partecipazione e assistenza tecnica dell'imputato, ma offre una garanzia ulteriore e più ampia rispetto alla formale partecipazione della parte o alla presenza del difensore.

Il contraddittorio non attiene, infatti, alla garanzia di partecipazione e assistenza in sé dell'imputato o delle altre parti²⁵, ma al *quomodo* della formazione della prova che caratterizza il processo penale secondo un modello conforme alla costituzione e alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁶.

patologica presente la quale l'atto in tal modo acquisito, e cioè allorchè l'assunzione dell'atto sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento o tale da pregiudicare in modo grave ed insuperabile il diritto di difesa dell'imputato (Corte di cassazione, Sezione 3^a penale, 12 gennaio 2018, n. 882), risulta essere radicalmente inutilizzabile e, pertanto, tale sua caratteristica è rilevabile anche in sede di giudizio abbreviato - ed ipotesi di inutilizzabilità fisiologica - nel novero delle quali vanno ricomprese, per esclusione, le altre diverse fattispecie di inutilizzabilità in cui non sia ravvisabile nè il grave ed irreparabile pregiudizio per il diritto di difesa del prevenuto nè il decampare delle modalità di acquisizione dell'atto rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento -, le quali, ove la parte abbia ritenuto per sé vantaggioso optare per la definizione del processo nelle forme del rito abbreviato, non determinano alcuna sanzione in ordine alla utilizzabilità processuale dell'atto stesso (Corte di cassazione, Sezione 6^a penale, 1 febbraio 2007, n. 4125), sempre che la loro inutilizzabilità non fosse già stata oggetto di espressa dichiarazione in fase preventiva alla richiesta del rito alternativo (per questa importante precisazione, imposta dalla elementare esigenza di tutelare l'affidamento delle parti del processo nella stabilità delle decisioni assunte nel corso di esso, e nella evidente irrivalenza di un'eventuale recupero istruttorio in corso di causa di elementi di giudizio già espunti dal materiale su cui la decisione deve fondarsi, si veda, infatti, Corte di cassazione, Sezione 3^a penale, 16 luglio 2014, n. 31171).

²⁵ La violazione delle disposizioni sulla partecipazione al procedimento è, infatti, sanzionata a pena di nullità sia per il pubblico ministero ex art. 178 lett. b) cpp sia per l'imputato ex art. 178 lett. c) cpp.

²⁶ Di recente, si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019, che, occupandosi del procedimento di prevenzione, ha avuto modo di affermare la necessità di garantire il contraddittorio nell'accertamento dei presupposti legittimanti l'applicazione delle misure di prevenzione in ragione della loro concreta incidenza su diritti costituzionali: *"pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU). Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui – segnatamente –: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri*

Più precisamente, il contraddittorio nella formazione della prova non è un diritto dell'imputato strettamente inteso, ma è una regola fondamentale di svolgimento del processo penale, che lo caratterizza con specifico riguardo all'attività probatoria²⁷; pertanto, la violazione del contraddittorio, inteso – nel caso scrutinato dalla sentenza in commento – come violazione della garanzia di possibilità di controllo sul procedimento di formazione della prova, conduce all'inutilizzabilità del risultato acquisito.

Peraltro, nella soluzione della dicotomia nullità-inutilizzabilità, va considerato l'orientamento giurisprudenziale consolidato che riconduce all'inutilizzabilità patologica, non soltanto l'assunzione di atti in contrasto i principi fondamentali dell'ordinamento, ma anche l'assunzione di atti con modalità tali da pregiudicare il diritto di difesa dell'imputato²⁸; la violazione del diritto costituzionale di difesa nello svolgimento dell'attività istruttoria determina, quindi, comunque l'inutilizzabilità del risultato acquisito, perché incide,

destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della "base legale" della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione "necessaria" rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni "giusto" processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo "volet civil"), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta".

²⁷ La giurisprudenza è costante nell'affermare che l'acquisizione di una prova, anche nel giudizio di appello, deve avvenire, a pena di inutilizzabilità ex art. 526 c. 1 cpp, nel rispetto del contraddittorio, in forza del quale le parti devono essere poste in condizione di interloquire e far valere le loro ragioni in ordine all'assunzione di una prova. In tal senso, v. Cass. pen. Sez. Un., 12/07/2005, Mannino, n. 33758, in *De Jure*, che, occupandosi della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello mediante acquisizione di documenti, ha affermato: "resta pur sempre ineludibile, tuttavia, che il documento venga legittimamente acquisito al fascicolo per il dibattimento nel contraddittorio fra le parti, derivandone ex adverso, in caso di privata conoscenza del giudice, non mediata dalla partecipazione dialettica delle parti alla formazione della prova, l'inutilizzabilità probatoria dello stesso ai fini della deliberazione secondo il chiaro disposto dell'art. 526 comma 1 cod. proc. pen."; più di recente, in tal senso v. anche Id. Sez. III, 3/11/2020, n. 34949, in *De Jure*; Id. Sez. V, 11/05/2015, n. 32427 in *De Jure*.

²⁸ In tal senso, v. Cass. pen. Sez. III, 09/06/2017, n. 882, in *De Jure*; Id. Sez. III, 24/01/2006, n. 6757, in *De Jure*.

viziandola, sulla conformità del procedimento al modello costituzionale di accertamento del fatto.

Non è esclusa la possibilità di ritenere integrata, in ipotesi di violazione del contraddittorio sulle modalità acquisitive, anche la nullità per violazione del diritto di difesa in relazione all'esercizio di specifiche facoltà procedurali²⁹, ma la ricostruzione del vizio in termini di inutilizzabilità, oltre ad essere più coerente sul piano sistematico³⁰, offre maggiori garanzie all'imputato in ragione della sua rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado e della impermeabilità ad eventuali sanatorie proprie delle nullità a regime intermedio.

5. Il rispetto dei principi comunitari in materia di diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

L'attività di acquisizione della messaggistica criptata, in qualunque forma si svolga il procedimento probatorio (intercettazione o copia forense di dati informatici conservati in un server), potrebbe porsi in contrasto con i principi comunitari di intangibilità della riservatezza delle comunicazioni nel significato chiarito dalla più recente giurisprudenza comunitaria.

Come è noto, sul tema della conservazione dei dati relativi alle comunicazioni telematiche e della necessità di garantirne la riservatezza, si è ripetutamente pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea³¹.

²⁹ La nullità sarebbe destinata ad assumere rilevanza, eventualmente, in relazione al pieno esercizio delle facoltà difensive nei diversi segmenti procedurali (si pensi, ad esempio, alle facoltà connesse alla notificazione dell'avviso ex art. 415-bis cpp ovvero alle scelte in ordine alla scelta di un procedimento speciale, limitate o compromesse dall'acquisizione di un dato probatorio di cui non si conosce a pieno l'origine o il contenuto), ma non riguarderebbe il risultato probatorio che non può essere considerato nullo. Sul rapporto tra nullità e inutilizzabilità in tema di intercettazioni, v. FILIPPI, *Intercettazioni, accesso ai dati personali e valori costituzionali*, cit., pp. 135 ss. e, in generale sui vizi del procedimento di intercettazione, v. BORGABELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Torino, 2013, pp. 69 e ss.

³⁰ Sulla possibilità di ricondurre alla categoria della inutilizzabilità una molteplicità di situazioni in cui si determina una violazione delle disposizioni relative al procedimento di acquisizione della prova, di superare la tradizionale dicotomia atto valido-atto invalido e di comprendervi sia le difformità legali genetiche sia le difformità delle proiezioni di utilizzo del dato conoscitivo, v. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 7 ss. nonché pp. 37 ss. ed, ivi citati, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 3; NORMANDO, in DALIA, NORMANDO, *Nullità degli atti processuali*, II, (Dir. Proc. Pen.), in *Enc. Giur.*, Roma, XXI, 1990, 23.

³¹ V. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 20 settembre 2022, n. 793, in *De Jure*; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 6 ottobre 2020, n. 511, in *De Jure*; nello stesso senso, v. anche Corte Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 5 aprile 2022, n. 140, in *De Jure*.

In quella sede, si è innanzitutto ricordato che, l'articolo 5, intitolato «Riservatezza delle comunicazioni», della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, prevede che gli Stati membri assicurano, mediante disposizioni di legge nazionali, la riservatezza delle comunicazioni, effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, e dei relativi dati sul traffico.

In particolare, essi vietano – secondo la Corte di Giustizia – l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o sorveglianza delle comunicazioni e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente a norma dell'articolo 15, paragrafo 1, della stessa direttiva 2002/58, intitolato «Applicazione di alcune disposizioni della direttiva» per ragioni di sicurezza nazionale o contrasto alla criminalità.

Ha, inoltre, ricordato che l'art. 5 stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'archiviazione di informazioni oppure l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente a condizione che l'abbonato o l'utente abbiano espresso preliminarmente il proprio consenso informato sugli scopi del trattamento.

Ha, infine, chiarito che l'articolo 6 della direttiva 2002/58, intitolato «Dati sul traffico», stabilisce che i dati sul traffico relativi agli abbonati ed agli utenti, trattati e memorizzati dal fornitore di una rete pubblica o di un servizio pubblico di comunicazione elettronica devono essere cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione di una comunicazione, fatti salvi i paragrafi 2, 3 e 5 del medesimo articolo³² e il citato articolo 15, paragrafo 1.

Sull'argomento, in dottrina v. DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Diritto penale e giustizia*, 2022, 2, pp. 301 e ss.; CHELO, *Tabula rasa sui tabulati? Riflessioni a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2022, 9, pp. 3268 e ss..

³²L'art. 6 paragrafo 2 prevede: *I dati relativi al traffico che risultano necessari ai fini della fatturazione per l'abbonato e dei pagamenti di interconnessione possono essere sottoposti a trattamento. Tale trattamento è consentito solo sino alla fine del periodo durante il quale può essere legalmente contestata la fattura o preteso il pagamento.* Il paragrafo 3 prevede: *Ai fini della commercializzazione dei servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico ha facoltà di sottoporre a trattamento i dati di cui al paragrafo 1 nella misura e per la durata necessaria per siffatti servizi, o per la commercializzazione, sempre che l'abbonato o l'utente a cui i*

Ed è proprio l'obbligo di cancellazione dei dati non più necessari alla trasmissione della comunicazione e la portata applicativa dell'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 a porre un problema di compatibilità dell'acquisizione della messaggistica crittografata conservata in un server con il diritto alla riservatezza delle comunicazioni garantito dalla normativa comunitaria.

Infatti, l'art. 15, paragrafo 1, consente – precisa la Corte di Giustizia – l'adozione di disposizioni legislative volte a limitare la riservatezza delle comunicazioni soltanto nei casi in cui sia necessario salvaguardare la sicurezza nazionale, la difesa, la sicurezza pubblica, o assicurare la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento dei reati, ovvero l'uso non autorizzato di un sistema di comunicazione elettronica.

Fatta questa premessa, la Corte afferma che l'articolo 15, paragrafo 1, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, deve essere interpretato nel senso che non è consentita l'adozione di misure legislative che prevedono a titolo preventivo, una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione degli utilizzatori dei servizi telefonici.

Inoltre, ha chiarito che l'art. 15, paragrafo 1, consente l'adozione di misure legislative che prevedono, a fini di lotta alle forme gravi di criminalità e, a fortiori, di salvaguardia della sicurezza nazionale, la possibilità per un periodo determinato di procedere, in virtù di un provvedimento dell'autorità competente soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo, alla conservazione dei dati relativi al traffico telefonico o telematico, se tali misure garantiscono, mediante norme chiare e precise, che la conservazione dei dati sia subordinata al rispetto delle relative condizioni sostanziali e procedurali e che le persone interessate dispongano di garanzie effettive contro il rischio di abusi.

Infine, per quel che interessa ai fini del presente approfondimento, sulla base di tali premesse la Corte di Giustizia ribadisce che un giudice nazionale non può applicare una disposizione di diritto nazionale che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, a fini di salvaguardia della sicurezza

dati si riferiscono abbia espresso preliminarmente il proprio consenso. Gli abbonati o utenti hanno la possibilità di ritirare il loro consenso al trattamento dei dati relativi al traffico in qualsiasi momento.

Il paragrafo 5 prevede: Il trattamento dei dati relativi al traffico ai sensi dei paragrafi da 1 a 4 deve essere limitato alle persone che agiscono sotto l'autorità dei fornitori della rete pubblica di comunicazione elettronica e dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che si occupano della fatturazione o della gestione del traffico, delle indagini per conto dei clienti, dell'accertamento delle frodi, della commercializzazione dei servizi di comunicazione elettronica o della prestazione di servizi a valore aggiunto. Il trattamento deve essere limitato a quanto è strettamente necessario per lo svolgimento di tali attività.

nazionale e di lotta alla criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all'ubicazione incompatibile con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali. Secondo la Corte di Giustizia, l'articolo 15, paragrafo 1, interpretato alla luce del principio di effettività, impone in ogni caso al giudice penale nazionale di non tenere conto delle informazioni e degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate della commissione di reati, qualora dette persone non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova³³.

Pertanto, la necessità di rispettare l'inviolabilità della riservatezza delle comunicazioni e di garantire il contraddittorio sul procedimento acquisitivo delle informazioni relative alle comunicazioni telematiche eventualmente registrate o archiviate viene affermata a livello comunitario, con obbligo di previsione legislativa, da un lato, dei presupposti e delle modalità con cui può essere autorizzata la conservazione dei dati relativi al traffico telefonico o telematico e, dall'altro, di un preventivo provvedimento giurisdizionale che verifichi i presupposti di registrazione e archiviazione.

In ipotesi di accertata violazione dei precetti contenuti nella normativa comunitaria e nella convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Giustizia ritiene esistente il divieto per il giudice penale di tenere conto del dato probatorio illegittimamente acquisito; viene, quindi, affermato un divieto di utilizzazione probatoria di derivazione comunitaria in termini sostanzialmente coincidenti con l'inutilizzabilità ex art. 191 cpp, quale divieto di utilizzazione di un risultato conoscitivo acquisito in violazione di legge o di un precetto costituzionale.

Come è noto, l'adeguamento della disciplina sui tabulati telefonici ai principi affermati dalla Corte di Giustizia è avvenuta con la modifica dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003 ad opera del d.l. n. 132/2021 convertito in legge n. 178/2021, con la previsione della preventiva autorizzazione del giudice all'acquisizione dei dati su richiesta del pubblico ministero, dell'imputato, della persona offesa, delle parti private e dei rispettivi difensori³⁴, la previsione dei reati per i quali l'acquisizione può avvenire e l'introduzione del presupposto legittimante ancorato all'esistenza di sufficienti indizi di reato e alla rilevanza per l'accertamento dei fatti.

³³ Su tale specifico punto, v. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 settembre 2022, cit..

³⁴ Come è noto, nei casi di urgenza, è prevista la possibilità di un provvedimento del pubblico ministero soggetto a convalida da parte del giudice in analogia allo schema già previsto per le intercettazioni.

Un indiscutibile elemento di novità è rappresentato anche dalla espressa previsione dell'inutilizzabilità ex art. 132 c. 3-ter d.lgs. n. 196/2003 dei dati ottenuti in violazione della disciplina procedurale di acquisizione.

In dottrina³⁵, sono stati espressi dubbi sulla piena conformità di tale nuova disciplina ai principi comunitari in ordine alla necessaria individuazione del novero dei reati per i quali l'acquisizione può avvenire e alla possibile limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali soltanto in ragione dell'effettiva esigenza di tutela della sicurezza nazionale o di contrasto e prevenzione di gravi reati.

È stata, inoltre, posta in rilievo l'incompletezza della disciplina sui modi di acquisizione, perché non è prevista alcuna specifica disposizione a tutela della genuinità o non modificabilità del dato ottenuto.

Tale deficit normativo pone un problema di compatibilità con il principio comunitario di effettività, perché potrebbe vanificare il divieto secondo cui informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo non possono arrecare indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di aver commesso dei reati. Inoltre, potrebbe non essere garantito, nonostante la previsione di inutilizzabilità contenuta nell'art. 132 c. 3-ter d.lgs. n. 193/2006, il controllo sulla genuinità del dato sia in ragione della previsione di un limite temporale alla conservazione del documento informatico originario sia in ragione della mancata esplicita regolamentazione, anche sul piano tecnico, delle concrete modalità acquisitive.

Non si è mancato, inoltre, di osservare come la conoscenza dei dati ricavati dai tabulati incida non soltanto sulla libertà e segretezza delle comunicazioni³⁶ ma anche su altri aspetti della vita privata, consentendo di scoprire, attraverso la localizzazione delle utenze e l'incrocio dei dati, i luoghi frequentati, le persone incontrate e la durata degli incontri, con lesione di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti quali l'inviolabilità del

³⁵ Sull'argomento, v. DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, cit., pp. 310 ss., 322 ss.; SPANGHER, *Data retention: non basta un restyling ora serve una vera riforma organica*, in *Guida al diritto*, 2022, n. 17, pp. 14 ss.; CASONE, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea definisce le condizioni per la legittimità delle normative nazionali in materia di acquisizione dei tabulati. Le ripercussioni sull'ordinamento italiano della sentenza del 2 marzo 2021 nel caso H.K.*, in *Cass. pen.* 2022, 2, pp. 419 ss.; CHELO, *Tabula rasa sui tabulati? Riflessioni a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit.; MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. pen.*, 2022, 6, pp. 2440 ss.; RICOTTA, *Questioni sull'utilizzo della backdoor a scopo di investigazione*, in *Cass. pen.*, 2022, 7-8, pp. 2836 ss..

³⁶ In tal senso, v. le già citate sentenze della Corte costituzionale n. 81/1993 e n. 281/1998.

domicilio o la libertà di associazione³⁷ o addirittura dell'esercizio della funzione parlamentare³⁸.

Viene, perciò, avvertita l'esigenza di avvicinare sempre di più la disciplina sull'acquisizione dei tabulati alla disciplina sulle intercettazioni e di rifiutare nettamente l'idea di omologare, anche nelle modalità materiali o meramente esecutive e tecniche, l'acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni agli schemi tipici dell'acquisizione documentale.

Tali considerazioni, svolte per i tabulati, valgono a maggior ragione per l'acquisizione dei messaggi, scambiati telematicamente attraverso un sistema di comunicazione crittografato e archiviati all'interno di un server.

Infatti, se si intendesse acquisire il dato informatico relativo al contenuto della messaggistica scambiata telematicamente ed archiviata – a conversazione esaurita – dal gestore di servizi di telecomunicazioni, dovrebbe essere necessario prevedere, in ossequio agli obblighi comunitari, un provvedimento giurisdizionale di autorizzazione, emesso sulla base di una

³⁷ V. DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, cit., pp. 310 ss.; sull'esigenza di offrire sempre maggiori garanzie rispetto ai nuovi strumenti investigativi, v. CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2022, 2, pp. 499 ss..

³⁸ In tal senso v. la sentenza n. 38/2019 della Corte Costituzionale, con la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, l. 20 giugno 2003, n. 140, censurato per violazione dell'art. 68, comma 3, Cost., nella parte in cui prevede che il giudice debba chiedere alla Camera, alla quale il parlamentare appartiene o apparteneva, l'autorizzazione ad utilizzare i tabulati di comunicazioni relativi ad utenze intestate a terzi, venute in contatto con il primo, si è osservato che *il duplice riferimento, nell'evocato parametro costituzionale, a «conversazioni o comunicazioni», induce infatti a ritenere che al contenuto di una conversazione o di una comunicazione, siano accostabili, e risultino perciò protetti dalla garanzia costituzionale, anche i dati puramente storici ed esteriori, in quanto essi stessi «fatti comunicativi»*. Del resto, *la ratio della garanzia costituzionale non mira a tutelare un diritto individuale, ma a proteggere la libertà della funzione che il soggetto esercita, in conformità alla natura stessa delle immunità parlamentari, volte primariamente alla protezione dell'autonomia e dell'indipendenza decisionale delle Camere rispetto ad indebite invadenze di altri poteri, e solo strumentalmente destinate a riverberare i propri effetti a favore delle persone investite della funzione. Per questa ragione, la garanzia in esame può estendersi ad un atto investigativo idoneo a incidere sulla libertà di comunicazione del parlamentare, quale è certamente l'utilizzo, in quanto mezzo di prova in giudizio, di un tabulato telefonico, la cui capacità intrusiva può tradursi in fonte di condizionamenti sul libero esercizio della funzione. Un tabulato telefonico può infatti aprire squarci di conoscenza sui rapporti di un parlamentare, specialmente istituzionali, di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardanti altri soggetti (in specie, altri parlamentari) per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione.*

normativa che individui preventivamente i reati e i presupposti con riferimento ai quali una tale acquisizione sarebbe possibile.

È indubitabile infatti che, in questo caso, l'acquisizione probatoria avrebbe ad oggetto il contenuto della comunicazione e non soltanto i suoi dati esteriori; conseguentemente, il presidio di garanzia dovrebbe essere più rigoroso sia in ordine alla preventiva individuazione normativa dei presupposti legittimanti l'acquisizione sia in ordine alla riserva di giurisdizione.

Ad opinare diversamente, si perverrebbe all'assurda conclusione in forza della quale, in virtù dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003 per come da ultimo modificato dall'art. 132 d.l. n. 132/2021, mentre per l'acquisizione dei tabulati sarebbe necessario un preventivo decreto di autorizzazione del giudice in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge, invece per l'acquisizione del contenuto dei messaggi, scambiati telematicamente e archiviati in un server, sarebbe utilizzabile lo schema dell'acquisizione documentale.

Inoltre, sul piano degli obblighi comunitari sarebbe difficilmente giustificabile prescindere da una normativa, che regolamenti tempi di archiviazione e presupposti di acquisizione dei dati informatici relativi al contenuto della messaggistica secondo il modello di garanzia della segretezza delle comunicazioni.

In analogia prospettiva, non è difficile cogliere, in un necessario confronto con gli arresti interpretativi della giurisprudenza che fa riferimento all'acquisizione della prova documentale ex art. 234 cpp³⁹ o 234-bis cpp⁴⁰, la profonda diversità tra la situazione, in cui la copia di un file rappresentativo di una comunicazione, intercorsa a mezzo e-mail o whatsapp, venga estratta da un dispositivo elettronico in uso all'imputato (ovvero venga spontaneamente fornita da uno dei soggetti conversanti), e la situazione, in cui la copia del file venga estratta, come sembra essere avvenuto nel caso scrutinato dalla sentenza in commento, da un server in uso al fornitore di servizi di telecomunicazione.

³⁹ Secondo la giurisprudenza, i dati informatici (sms, messaggi whatsapp, messaggi di posta elettronica scaricati o conservati nella memoria) rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro hanno natura di documenti ai sensi dell'[articolo 234 cpp](#), con la conseguenza che la relativa acquisizione non soggiace né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche; in tal senso, v. Cass. pen. Sez. V, 21 novembre 2017, Parodi, n. 1822, in *De Jure*, secondo cui *non è applicabile né la disciplina dettata dall'[articolo 254 cpp](#), perché i suddetti testi non rientrano nel concetto di "corrispondenza", la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito né la disciplina dettata dagli artt. 266 ss. cpp perché l'attività di intercettazione postula, per sua natura, la captazione di un flusso di comunicazioni in corso, mentre nel caso di che trattasi ci si limita ad acquisire ex post il dato, conservato in memoria, che quei flussi documenta.*

⁴⁰ Cass. pen. Sez. I, 1 luglio 2022, Molisso, n. 34059, cit.

L'elemento di discriminazione è rappresentato dal consenso alla conservazione del dato. Nel primo caso, il dato informatico viene conservato dall'interessato all'interno di un dispositivo a lui in uso e l'acquisizione può avvenire secondo lo schema normativo previsto per le prove documentali, eventualmente anche all'esito di una perquisizione e sempre che siano rispettate le relative forme⁴¹.

Nel secondo caso, invece, la conservazione del dato avviene senza il consenso dell'interessato e l'acquisizione si pone in contrasto con l'inviolabile diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni nel significato chiarito dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale⁴².

Ciò posto, è evidente come, in ipotesi del genere, l'applicazione dell'art. 234-bis cpp, richiamato dalla giurisprudenza citata⁴³, ponga problemi di compatibilità con il fondamentale diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

Sarebbero due, infatti, i profili di criticità.

In primo luogo, verrebbe in rilievo il divieto comunitario di indiscriminata archiviazione dei dati relativi a comunicazioni telematiche indipendentemente dal consenso dell'avente diritto e dalla preventiva individuazione legislativa del catalogo di reati e dei presupposti, in presenza dei quali una tale archiviazione e successiva acquisizione potrebbe avvenire (le esigenze di tutela della sicurezza nazionale o di contrasto alla criminalità). In tale prospettiva, non è secondario considerare che lo stesso art. 132 c. 1 d.lgs. 196/2003 esclude espressamente i contenuti delle comunicazioni dal novero dei dati relativi al traffico telematico, che il fornitore può conservare per dodici mesi dalla data della comunicazione.

In secondo luogo, difetterebbe, proprio in ragione della necessità di garantire concretamente la libertà e segretezza delle comunicazioni e dell'espresso divieto di conservazione previsto dall'art. 132 c. 1 d.lgs. 196/2003, la necessità di un preventivo e motivato provvedimento di autorizzazione giurisdizionale; provvedimento che, in considerazione dell'oggetto dell'acquisizione, relativa non più soltanto ai dati esteriori ma al contenuto della comunicazione sebbene nella forma del messaggio di testo, dovrebbe essere anteriore allo scambio della messaggistica.

Al riguardo, si deve osservare che, poiché una tale attività investigativa incide su un diritto fondamentale quale è quello della libertà e segretezza delle comunicazioni nella sua massima espansione, il soggetto deve essere posto in condizione, in virtù di una chiara disposizione legislativa, di conoscere preventivamente entro quali limiti tale diritto, analogamente a quanto

⁴¹ Per talune considerazioni critiche, v. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, cit..

⁴² In argomento, per alcuni spunti di riflessione v. CAPRIOLI, *Intercettazioni e tutela della privacy nella cornice costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, 4, pp. 1141 ss..

⁴³ Cass. pen. Sez. I, 1 luglio 2022, Molisso, n. 34059, cit..

avviene per tutti i diritti fondamentali dell'individuo, può trovare concreta esplicazione.

In tale prospettiva, si deve notare come la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 81/1993, pur riconducendo la conoscenza dei dati relativi alla comunicazione ricavabili dai tabulati nell'alveo della segretezza delle comunicazioni⁴⁴, escluse la possibilità di estendere la disciplina sulle intercettazioni all'acquisizione dei tabulati in considerazione della diversità di informazioni ricavabili dai due strumenti. Infatti, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266 cpp, sollevata in riferimento all'art. 15 Cost. per decidere della legittimità e ammissibilità dell'acquisizione in giudizio di un tabulato contenente l'indicazione di riferimenti soggettivi temporali e spaziali di comunicazioni telefoniche, fu dichiarata non fondata, osservando che la disposizione impugnata riguardava esclusivamente l'intercettazione del contenuto della conversazione telefonica e non consentiva di tutelare con le stesse garanzie anche il diritto al segreto sul fatto storico dell'intervenuta comunicazione.

Vi è, quindi, anche nella giurisprudenza costituzionale una traccia che, valorizzando la necessità di tutelare con la massima ampiezza la riservatezza del contenuto delle comunicazioni, consentirebbe di mettere in discussione l'acquisizione della messaggistica archiviata in un server in uso a fornitori di servizi di telecomunicazione, secondo lo schema previsto per i documenti e addirittura con garanzie inferiori rispetto a quelle contemplate per i tabulati

⁴⁴ Con la sentenza n. 81/1993, la Corte Costituzionale, pur affermando che i dati ricavabili dai tabulati sono riconducibili alla libertà e segretezza delle comunicazioni tutelate dall'art. 15 Cost., ha ritenuto che le più ampie garanzie previste per le intercettazioni siano giustificate dall'oggetto dell'acquisizione, riguardante il contenuto delle comunicazioni e non i loro dati esteriori.

Con la sentenza n. 281/1998, la Corte Costituzionale ha affermato che *la disciplina contenuta negli artt. 266 e segg. cpp è modellata con esclusivo riferimento all'intercettazione del contenuto delle conversazioni e comunicazioni e non è pertanto estendibile ad istituti diversi, quale l'acquisizione a fini probatori di notizie riguardanti il mero fatto storico della avvenuta comunicazione telefonica. Invero la disciplina applicabile all'acquisizione dei "tabulati", nei cui confronti opera la tutela che l'art. 15 della Costituzione appresta alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione, va ricercata - come è stato puntualizzato nella sentenza da ultimo citata - nell'art. 256 cpp, relativo al dovere di esibizione all'autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti; disciplina alla quale sono peraltro sottese le irrinunciabili garanzie stabilite dall'art. 15, secondo comma, Cost., secondo cui la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione possono essere limitate solo con atto dell'autorità giudiziaria, sorretto da adeguata e specifica motivazione.*

In argomento, v. anche la citata sentenza n. 38/2019 della Corte Costituzionale, secondo cui al contenuto di una conversazione o di una comunicazione sono accostabili e risultano perciò protetti dalla garanzia dell'art. 68 c. 3 Cost. anche i dati puramente storici ed esteriori ricavabili dai tabulati, in quanto essi stessi "fatti comunicativi".

telefonici; è ciò in ragione dell'oggetto dell'acquisizione, che riguarda il contenuto della comunicazione analogamente a quanto avviene per le conversazioni telefoniche tradizionalmente intese.

6. Considerazioni conclusive.

In conclusione, merita di essere condiviso l'orientamento espresso dalla sentenza in epigrafe che, in ossequio ai principi del giusto processo, afferma la necessità di garantire, anche per le attività svolte mediante ordine europeo di indagine, il controllo sulle modalità di formazione della prova e, con esso, sullo svolgimento del procedimento penale secondo un modello di legalità costituzionale.

Del resto il controllo di legittimità sull'attività investigativa non può che passare attraverso la possibilità di verifica della natura dell'attività svolta dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero, quando i risultati di tali attività siano utilizzabili per la decisione ex art. 526 c. 1 cpp (e ciò soprattutto quando, come nel caso di specie, le investigazioni si svolgono all'estero); diversamente opinando, il principio di legalità della prova, di cui il giudice deve farsi garante, risulterebbe irrimediabilmente svuotato di ogni contenuto.

E', inoltre, condivisibile la ricostruzione della violazione del contraddittorio sulla conoscenza delle modalità acquisitive in termini di inutilizzabilità del risultato probatorio.

Rimane, invece, aperto (e lo dimostra la sentenza di segno contrario relativa al medesimo materiale d'indagine ritenuto acquisibile ed utilizzabile a norma dell'art. 234-bis cpp) il tema della necessità di superare, nell'applicazione concreta, le incertezze nella individuazione della linea di demarcazione tra l'acquisizione della messaggistica crittografata secondo lo schema procedurale previsto per i documenti e la captazione dei messaggi nell'ambito di una vera e propria attività di intercettazione dei flussi telematici generati dalla comunicazione; ciò è funzionale a garantire, con pienezza di contenuti, la libertà e segretezza delle comunicazioni e ad evitare che, attraverso lo schermo dell'acquisizione documentale, sia elusa l'applicazione delle disposizioni inderogabili in materia di intercettazioni.

In tale prospettiva, si è osservato⁴⁵ che, alla luce degli ormai non più recenti sviluppi tecnologici e della sempre più frequente utilizzazione di modalità telematiche di comunicazione in tempo reale (e-mail, messaggistica istantanea, chat e simili), sarebbe necessario ricalibrare le categorie semantiche e normative utilizzate sino ad ora proprio allo scopo di evitare abusi. La nozione di comunicazione dovrebbe prescindere dalle modalità concrete con le quali essa si svolge, eventualmente dirette proprio a sottrarsi all'intercettazione (come è, peraltro, avvenuto nel caso oggetto della sentenza in commento mediante l'utilizzazione di una piattaforma di comunicazione telematica crittografata); in quest'ottica, ai fini della nozione

⁴⁵ In tal senso, v. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, cit., p. 3833.

di comunicazione rileverebbe unicamente lo scopo di comunicare in maniera riservata, con conseguente attivazione delle garanzie per le intercettazioni. Vertendosi in tema di diritti fondamentali e, quindi, di necessità di assicurare in via generale la preventiva conoscenza degli spazi entro i quali una libertà fondamentale può avere concreta esplicazione, la necessità di disporre l'acquisizione della messaggistica soltanto per gravi reati, in presenza di presupposti tassativamente previsti e in virtù di un preventivo provvedimento giurisdizionale, consentirebbe a chiunque di conoscere, prima che il messaggio venga scambiato e archiviato nella memoria di un computer, di un hardware, di un server, di un telefono cellulare o di altro dispositivo portatile, entro quali limiti e in presenza di quali presupposti il contenuto di quella comunicazione potrebbe essere oggetto di acquisizione nell'ambito di un procedimento penale.

La necessità di un preventivo provvedimento del giudice potrebbe riguardare anche i messaggi archiviati in una memoria fissa o portatile, perché gli attuali strumenti informatici consentono di ricostruire con ragionevole certezza, anche ex post, la data di invio e archiviazione di un messaggio scambiato mediante una qualsivoglia piattaforma telematica.

A connotare la messaggistica scambiata telematicamente ed archiviata in un dispositivo fisso o portatile come comunicazione, rileverebbe la volontà dei partecipanti di esclusione di terze persone dalla conoscenza dei relativi contenuti.

È chiaro che, a fronte delle posizioni ripetutamente espresse dalla Corte Costituzionale⁴⁶, una tale ricostruzione implicherebbe scelte significative che soltanto il legislatore può fare, adeguando la normativa ai progressi tecnologici e alle esigenze di tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni, che oggi si svolgono mediante strumenti sempre più nuovi e veloci e, molto probabilmente, destinati ad ulteriori evoluzioni.

⁴⁶ Si veda la sentenza n. 20/2017 della Costituzionale, con la quale si è ribadito che *il diritto di cui all'art. 15 cost. comprende tanto la "corrispondenza" quanto le "altre forme di comunicazione", incluse quelle telefoniche, elettroniche, informatiche, tra presenti o effettuate con gli altri mezzi resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia. È altresì vero, tuttavia, che la tutela del medesimo diritto – nella specie, quello a comunicare liberamente e riservatamente – non esige di necessità l'uniformità della disciplina delle misure restrittive ad esso applicabili. Al contrario, la medesima esigenza di tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni interpersonali ben può tollerare, o persino richiedere, che la limitazione del diritto sia adeguatamente modulata, in ragione delle diverse caratteristiche del mezzo attraverso cui la comunicazione si esprime.* Si vedano anche le citate sentenze n. 81/1993 e n. 281/1998.